PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

COLLANA FILANGIERI
DI SCIENZE POLITICHE E GIURIDICHE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT
Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME PRIMO

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15
1900

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL PRIMO VOLUME

INTRODUZIONE

§ 1. *La codificazione.*

§ 2. *Fonti del codice Napoleone.*

§ 3. *Il codice civile e il diritto anteriore.*

§ 4. *Bibliografia.*

I. *Il diritto antico.*

II. *Diritto moderno.*

TITOLO PRELIMINARE. — PRINCIPII GENERALI SULLE LEGGI.

CAPITOLO I. Della sanzione, promulgazione e pubblicazione delle leggi.

§ 1. *Definizione.*

§ 2. *Della sanzione e della promulgaziono.*

§ 3. *Della pubblioazione delle leggi.*

CAPITOLO II. — DELL'AUTORITÀ DELLA LEGGE.

SEZIONE I. — *Doveri dei tribunali e dei cittadini.*

SEZIONE II. — *Degli atti conformi alla legge.*

SEZIONE III. — *Degli atti contrarii alla legge.*

§ 1. *Principii generali.*

§ 2. *Delle leggi d'ordine pubblico e di buon costume.*

N. 1. *Delle leggi che interessano l'ordine pubblico.*

§ 2. *Delle leggi personali.*

§ 3. *Degli statuti reali.*

N. 1. *Delle forme istrumentarie.*

N. 2. *Leggi di polizia.*

N. 3. *Leggi concernenti gl'immobili.*

N. 4. *Leggi concernenti i mobili.*

§ 4. *Critica della dottrina degli statuti.*

CAPITOLO IV. — DELL'EFFETTO DELLE LEGGI QUANTO AL TEMPO IN CUI IMPERANO.

SEZIONE I. — *Il principio della non retroattività.*

§ 1. *Quando il legislatore possa o meno regolare il passato.*

§ 2. ***Quando il giudice può e quando non può applicare le leggi al passato.***

SEZIONE II. — *Dei diritti di stato personale.*

§ 1. *Principio.*

§ 2. *Applicazione.*

N. 1. *Naturalizzazione.*

N. 2. *Matrimonio.*

N. 3. *Età minore. Patria potestà. Tutela. Interdizione.*

SEZIONE III. — *Dei diritti patrimoniali.*

§ 1. *Principio.*

§ 2. *Applicazione.*

N. 1. *Delle forme istrumentarie.*

N. 2. *Condizioni della validità dei contratti.*

N. 3. *Effetti dei contratti.*

a) *Contratto di matrimonio.*

b) *Trasmissione dei diritti reali.*

c) *Locazione.*

N. 4. *Risoluzione dei contratti.*

N. 5. *Prova, esecuzione e procedura.*

N. 6. *Prescrizione.*

N. 7. *Eredità.*

CAPITOLO V. — DELL'APPLICAZIONE DELLE LEGGI.

§ 1. *Principio generale.*

§ 2. *Conseguenze del principio.*

N. 1. *Il legislatore non dev'essere giudice.*

N. 2. *Il giudice non deve essere legislatore.*

N. 3. *Il giudice non può statuire per l'avvenire.*

CAPITOLO VI. — DALL'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI.

§ 1. *Interpretazione dottrinale.*

N. 1. *Interpretazione grammaticale e interpretazione logica.*

N. 2. *Regole d'interpretazione.*

N. 3. *Effetto dell'interpretazione dottrinale.*

§ 2. *Dell'interpretazione autentica.*

N. 1. *Quando v'ha luogo a interpretazione autentica.*

N. 2. *Effetto dell'interpretazione autentica.*

LIBRO PRIMO. — DELLE PERSONE.

DELLE PERSONE CIVILI.

TITOLO PRIMO. — DEL GODIMENTO DELLA PRIVAZIONE DEI DIRITTI CIVILI.

CAPITOLO I. — Dei Francesi.

Sezione 1. *Chi è francese?*

§ 1. *Principii generali.*

§ 2. *Applicazione dei principii.*

N. 1. *Del figlio legittimo nato da un francese.*

N. 2. *Del figlio naturale.*

N. 3. *Del figlio nato da uno straniero in Francia.*

N. 4. *Del figlio nato da un francese che ha perduto la cittadinanza francese.*

N. 3. *Stabile residenza in paese straniero senza intenzione di rimpatriare.*

N. 4. *Della donna francese che sposa uno straniero.*

N. 5. *Della cessione d'un territorio.*

§ 2. *Conseguenze della perdita della cittadinanza francese.*

§ 3. *In qual modo i Francesi che hanno perduto la nazionalità la ricuperano.*

N. 1. *Condizioni.*

N. 3. *Del diritto di stare in giudizio.*

N. 4. *Quali sono i diritti civili di cui lo straniero non gode.*

§ 2. *Come lo straniero acquista il godimento dei diritti civili.*

N. 1. *Trattati di reciprocanza.*

N. 2. *Dell'autorizzazione accordata allo straniero di stabilire il suo domicilio in Francia.*

APPENDICI

PREFAZIONE

I *Principii di diritto civile,* che io pubblico sono il frutto d'un insegnamento d'oltre trent'anni. Se mi son deciso a pubblicarli, quando di già vi sono tante buone opere sul nostro codice, gli è perchè mi è sembrato che i migliori trattati lascino a desiderare sotto il rapporto del rigore dei principii, ed una lunga esperienza mi ha appreso come questo rigore sia una cosa essenziale, quando si tratta di svolgere lo spirito giuridico. Se poi non son riuscito a tanto, avrò nondimeno preparata la via a coloro che mi seguiranno e che faranno meglio di me.

Prego tutti quelli che giudicheranno il mio lavoro, di mettersi dal punto di vista che io ho scelto. A prima giunta il lettore forse si spaventerà che una gran parte di questo volume sia consacrata al titolo preliminare del codice civile. Se mi son fermato lungamente sugli statuti e sulla retroattività, gli è perchè queste materie sono le più difficili del nostro diritto privato, e la difficoltà nasce precisamente dal difetto di principii certi, nella dottrina e nella giurisprudenza. Io ho posto i principii, e, per istabilirli, ho dovuto entrare in un lungo svol-

gimento. Nelle materie, al contrario, ove non vi sono principii in quistione, sarò brevissimo.

La mia ambizione è, che i miei *Principii* possano servire di guida non solo agli alunni che seguono il mio corso, ma ancora ai giovani avvocati e magistrati. Ed appunto perchè questo libro torni loro utile, ho tenuto in gran conto la giurisprudenza, approvando e criticando, già s'intende da sè, con piena libertà. In diritto non v'ha autorità alcuna innanzi a cui si debba piegare. Io ho un profondo rispetto per i nostri buoni autori e per le decisioni delle Corti, ma non mi sottometto che alla ragione.

Gand, il 1.° marzo 1869.

F. LAURENT.

PREFAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

La prima edizione dei miei *Principii di diritto civile* è apparsa negli anni 1869 e seguenti.

Nuove tirature si son rese necessarie durante il corso della pubblicazione, ma io non ho apportato alcun cangiamento all'edizione primitiva.

Anche la presente edizione non è che una riproduzione testuale della prima.

A mio avviso, l'opera deve restare ciò che è, salvo ad aggiungervi un supplemento quando il codice Napoleone sarà riveduto. Incaricato del lavoro preparatorio di questa revisione, io completerò il mio *Trattato dei Principii* con alcuni volumi di supplemento. Il codice civile dei Belgi non sarà un nuovo codice, sarà il codice francese riveduto. I cangiamenti che saranno apportati alla legislazione francese non modificheranno per nulla i principii ch'io ho esposto. Questi principii furono da me riassunti nell'*Introduzione al Corso elementare del diritto civile,* al quale io rimando il lettore.

Questa introduzione è stata trovata troppo severa. Si è detto che io critico tutti gli autori, e che nessuno trova grazia ai miei occhi, eccezion fatta di Colmet de Santerre, il continuatore di Demante.

Ciò non è esatto. La mia critica non s'indirizza alle persone, essa s'indirizza al metodo, ai principii. Io predico e pratico il rispetto della legge, ma non l'applicazione giudaica

del testo, sì bene il testo spiegato colla tradizione e collo spirito ond'è animato. E, quando il testo è chiaro, io mi attengo ad esso, senza inchinarmi davanti ad alcuna autorità, perchè la più grande di tutte le autorità è quella del legislatore; quando egli ha parlato, non resta agli interpreti che obbedire. Se essi trovano che la legge è cattiva, sono liberi di criticarla, ma non è loro permesso di cambiarla col pretesto d'interpretarla. È questo tuttavia ciò che fanno ben di sovente i tribunali e gli autori. Quando io incontro una di queste false interpretazioni, la discuto e la critico, esponendo le mie ragioni. Se m'inganno, vi è un mezzo semplicissimo di correggere il mio errore, è di provarlo; io sarò il primo a riconoscerlo. Ma non si corregge la mia critica col dire ch'essa è troppo severa. Questa è un'affermazione, e in diritto non basta affermare, bisogna provare.

Il sistema d'interpretazione che io ho esposto e seguito è desso il vero metodo? Ecco tutta la quistione. Si prendano ad una ad una le soluzioni ch'io ho dato, e si mettano a confronto colla dottrina e colla giurisprudenza. Se questa prova dimostra che le mie soluzioni sono cattive, tutto è finito. Ma se si trova che le soluzioni sono buone, bisogna anche approvare il metodo. Taccio di alcuni errori: tutti c'inganniamo, nessuno è infallibile. Questi errori non sarebbero che inconseguenze, le quali attesterebbero contro di me, ciò che poco importa, ma non attesterebbero, e questo è l'essenziale, contro il mio principio d'interpretazione.

È vero che solo il rispetto del testo dà alla scienza del diritto una base solida, mentre l'interpretazione che si scosta dal testo rende la nostra scienza incerta, e l'applicazione delle leggi arbitraria? La risposta a questo quesito sarà la mia giustificazione.

Gand, 1.° dicembre 1879.

F. Laurent.

INTRODUZIONE

§ 1. La codificazione.

I.

1. Il nostro codice civile porta il titolo di *Codice Napoleone*; la posterità riconoscente gli ha conservato questo titolo che gli diedero i contemporanei quando l'imperatore era al sommo della gloria. Noi oggidì possiamo riconoscere, senz'essere adulatori, che dobbiamo al primo console il benefizio d'una legislazione la quale, per la sua chiarezza e precisione della forma, è un vero capolavoro. L'opera della codificazione era stata tentata prima di lui, ma non si riuscì a nulla. Fino dal suo avvenimento al potere il primo console pensò a compiere il voto manifestato da tutte le Assemblee nazionali, e vi riuscì. Noi non diremo punto con Portalis che « questo è il più gran bene che gli uomini potessero dare e ricevere » (1). Napoleone volle anche celebrare il suo codice come se esso avesse realizzate tutte le aspirazioni dell'89. No, vi è un bene più grande che un codice completo delle leggi civili; e questo bene è la libertà, e la storia imparziale attesterà come al momento, in cui il primo console dotava la Francia d'una legislazione civile, le toglieva la libertà.

Vi è un'altra riserva a fare verso il titolo di *Codice Napoleone* che la legge del 6 settembre 1807 diede al *Codice civile dei Francesi.* Non fu Napoleone che pel primo concepì l'idea della codificazione, ma è un'idea dell'89; si è dunque alla Rivoluzione anzitutto che appartiene la gloria concentrata dalla posterità sul capo di chi si disse rappresentante della Rivoluzione, di colui che si esalta oggi come suo erede. Egli non lo fu che in certi rapporti. La Rivoluzione voleva stabilire ad un tempo l'unità e la libertà. Napoleone non accettò l'eredità dell'89 che in parte; egli ripudiò la libertà e s'impadronì dell'unità, ch'ebbe cura di organizzare a suo profitto. La nostra ammirazione non è dovuta a colui che diede alla Francia l'unità a prezzo della libertà; noi glorifichiamo gli uomini dell'89 che scrissero sulla loro bandiera le sacre parole di unità, eguaglianza, fratellanza. A costoro, agli iniziatori, spetta l'onore di ciò che fece l'erede, talvolta indegno della Rivoluzione.

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi della legge del 30 ventoso anno XII* (LOCRÉ, *Législation civile*, t. I, p. 200, n. 2).

Portalis confessa che il codice è un'idea della Rivoluzione. Felice epoca fu quella, in cui gli uomini demolivano gli abusi del passato e si slanciavano pieni di fede e di speranza verso un migliore avvenire! « Fra tutti i progetti, dice Portalis, che furono presentati per migliorare le cose e gli uomini, l'idea di una legislazione uniforme fu una di quelle che occuparono a bella prima più particolarmente le nostre Assemblee deliberanti » (1). È a sorprendersi che questa idea dati dall'89. Ciascuno si chiede come avvenne che i principi, i quali possono passare per i precursori di Napoleone a più giusto titolo che non gli uomini della Rivoluzione, non concepirono nè realizzarono punto il loro progetto d'una legislazione uniforme. Il re che diceva: *lo Stato sono io*, avea di certo nel massimo grado l'ambizione dell'unità. Egli scriveva ancora a piè delle sue leggi: *Tal è il nostro beneplacito.* Come mai i re di Francia, così possenti e passionati per l'unità, non sostituirono le molte leggi differenti che reggevano la nazione con un codice unico, il medesimo per tutti? Esso sarebbe stato una forza per la vecchia monarchia, ed in pari tempo un beneficio pei popoli.

2. *Commines* racconta che « Luigi XI desiderava fortemente che nel suo regno non s'usasse che una consuetudine, un peso, una misura, che tutte le consuetudini fossero scritte in francese, in un bel libro, onde evitare il pericolo e il ladroneccio degli avvocati che è sì grande in questo regno che nulla di eguale ». Il codice Napoleone è la realizzazione di questo voto. Perchè vi fu d'uopo d'una rivoluzione gigantesca per compiere un'opera che sembrava così semplice e naturale? L'antico regime, nonostante il potere assoluto dei re, era un regime di disuguaglianza. L'unità non esisteva che nella persona del monarca. Le diverse provincie erano state per lo passato Stati indipendenti, aventi le loro istituzioni, le loro consuetudini, le loro leggi particolari. A misura che si annettevano al dominio della Corona, esse stipulavano il mantenimento del loro diritto; in mancanza della libertà politica, i popoli erano attaccati ai loro costumi tradizionali, come a privilegi; i Parlamenti, guardiani naturali di questo diritto locale, respingevano ogni innovazione siccome una violazione dei patti, sotto la fede dei quali s'era operata l'annessione. A questo culto superstizioso delle vecchie usanze s'aggiungeva un'altra superstizione meno legittima, quella dei legisti, i quali, dice Portalis, s'opponevano ad ogni mutamento, poichè una legislazione novella veniva a contrariare ciò che essi avevano laboriosamente imparato e praticato durante tutta la loro vita. Infatti, le provincie erano ancora nell'89 tanti Stati distinti, separati da dogane, aventi una vita a parte e, per conseguenza, anche un diritto differente.

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi della legge 30 ventoso anno XII* (LOCRÉ, t. I, p. 199, n. 1).

Nè negli uomini v'era maggiore unità che nei territori. La nazione era divisa per ordini, ed ogni ordine formava come un popolo diverso, avente i suoi privilegi e il suo diritto particolare. Se si fosse fatto un codice civile sotto l'antico regime, sarebbe stato necessario, in molti riguardi, un codice distinto per la nobiltà; i nobili avevano un modo particolare di succedere, siccome avevano un modo d'essere particolare nello Stato; l'ineguaglianza che regnava fra le persone si rifletteva anche sui beni: quantunque il feudalismo politico avesse cessato d'esistere da secoli, tuttavia i diritti e i pesi derivatine si erano come impiantati nel suolo, e non v'abbisognava meno d'un cataclisma per isradicarli.

I privilegi di cui godeva la Chiesa cattolica opponevano un altro ostacolo al legislatore. Sotto l'antico regime, il cattolicismo era la religione dello Stato, e in conseguenza i suoi dogmi passavano in certo modo come leggi fondamentali. D'onde la confusione dell'ordine civile e del religioso. Ne risultava un'unità apparente, ma questa unità era, in realtà, la dominazione d'un culto particolare. Il legislatore era legato ed impastoiato dalle leggi della Chiesa cattolica. D'onde l'intolleranza civile della monarchia francese, l'orribile legislazione sui protestanti, per cui migliaia di francesi non avevano nè stato civile, nè nascita legale, nè matrimonio, nè decesso, a meno che non mentissero alla loro coscienza, facendo professione esteriore d'una religione che non era la loro. Queste pastoie non potevano essere infrante che mercè la secolarizzazione della legislazione. Ma come pensare a secolarizzare le leggi, finchè la Chiesa era unita allo Stato, e l'unione del trono con l'altare era considerata come il fondamento della monarchia? Faceva ancor bisogno d'una tempesta che abbattesse la regalità insieme alla Chiesa, sua alleata.

3. Vi erano dunque sul medesimo territorio Stati diversi e diverse classi. Laonde il diritto non poteva essere uno. Il diritto è l'espressione della società: quando la diversità regna negli spiriti, essa regna ancora nelle leggi. Circostanze storiche contribuirono a dividere la Francia in una prodigiosa moltitudine di piccole società, aventi ciascuna un diritto differente. Si conosce la parte considerevole ch'ebbe nella storia della codificazione la divisione della Francia antica in paesi di diritto scritto ed in paesi di diritto consuetudinario. Nei primi si seguiva il diritto romano, negli altri le consuetudini d'origine germanica. I lavori del Savigny sulla storia del diritto romano nel medio evo non lasciano alcun dubbio sull'origine di questa famosa divisione. Se il diritto romano dominava nel mezzodì della Gallia, gli è perchè le idee e i costumi romani vi aveano posto profonde radici, mentre nelle provincie del nord la civiltà latina era perita sotto i colpi dei barbari e aveva ceduto il luogo all'elemento germanico.

I paesi di diritto scritto erano: la Guienna, la Linguadoca,

la Provenza, il Delfinato, il Lionese, il Beaujolais, il Forez e l'Alvergnia (1). È nelle lettere patenti di san Luigi del 1250 che si trovano le prime traccie di questo stato di cose; ivi è detto di molte provincie del mezzogiorno: « Questa terra si reggeva da tempo immemorabile e si regge ancora col diritto scritto » (2). Il re accorda la sua sanzione a questa divisione legale della Francia, dicendo che la sua volontà è che si continui a osservare il diritto romano in questi paesi. Luigi XI non dice mica qual era questo diritto scritto. Dalla caduta dell'impero il diritto romano era il diritto dei Galli. Esso si mantenne come consuetudine nelle provincie del mezzogiorno. Era il diritto romano, quale esso esisteva avanti a Giustiniano, cioè a dire il codice teodosiano e gli scritti dei giureconsulti. Il Digesto non penetrò fra i Galli che verso la metà dell'undecimo secolo. Si fu per l'influenza della Scuola di Bologna che le compilazioni di Giustiniano si sparsero in Francia, e sostituirono il diritto anteriore nella pratica giudiziaria.

Ma dall'essere state le leggi romane seguite nei paesi di diritto scritto, non si dee credere che ivi si osservasse il diritto di Roma in tutto il suo rigore. Vi si mantenne piuttosto a titolo di consuetudine che a titolo di legge, e la consuetudine subì necessariamente l'influenza dei costumi e delle idee. Il cristianesimo e l'invasione dei barbari inaugurarono un'èra novella; mutata la civiltà, il diritto non poteva rimanere lo stesso. Ne risultò che il rigore romano fu modificato dall'equità germanica. Or fu il diritto romano così alterato, diremo volontieri, così corretto, che passò nel nostro codice. Coloro che lo prepararono e coloro che lo discussero attinsero la loro scienza nelle opere di Pothier e di Domat, l'uno e l'altro appartenenti ai paesi di diritto consuetudinario, l'uno e l'altro inclinati a subordinare sempre la logica severa del diritto ai temperamenti della giustizia eterna. Se la nostra legislazione civile è inferiore al diritto di Roma come opera scientifica, essa lo supera per lo spirito d'equità che vi regna: è l'eredità dei nostri antenati, i Germani.

4. Le consuetudini regnavano nella maggior parte della Francia. È nella natura del diritto consuetudinario di variare d'una in altra provincia, d'una in altra città. Si contavano circa 50 consuetudini generali, così chiamate perchè erano osservate in una intiera provincia, e 300 consuetudini locali, le quali non erano obbligatorie che in una città, o borgo, o villaggio. Le antiche consuetudini differivano grandemente da ciò che noi diciamo oggigiorno diritto consuetudinario. Dacchè il diritto è codificato, le consuetudini formano un diritto non scritto: s'intende per ciò un diritto che non emana dal legislatore, che non è pubblicato, nè autenticamente constatato. Le nostre antiche consuetudini, al con-

(1) Berriat-Saint-Prix (*Histoire du droit romain*, p. 219 e seg.) dà l'indicazione esatta dei paesi di diritto scritto per provincie e dipartimenti.

(2) « Terra illa regi consuevit et adhuc regitur jure scripto » (Laferrière, *Histoire du droit français*, t. IV, p. 356-358).

trario, formavano un *diritto scritto*. Se questo nome si dava per eccellenza alle leggi romane, si è perchè durante secoli le consuetudini non esistevano che nella tradizione. L'incertezza è l'essenza del diritto consuetudinario, e ciò si lamentava in Francia fin dal secolo XIII. Pietro de Fontaines dice che il suo paese era quasi senza consuetudini, e che appena si trovava qualche uso assicurato. Questo stato di cose era una sorgente di liti e di difficoltà per i giudici. Per rimediare a questo male, ch'era grande, alcuni legisti si posero a raccogliere le consuetudini della loro provincia o della loro città. Si conoscono le consuetudini di *Beauvoisis*, per *de Beaumanoir*, capo d'opera di precisione e di chiarezza (1). Queste raccolte non rimediarono che imperfettamente al male risultante dall'incertezza del diritto, perchè esse non avevano un carattere autentico. Gli Stati generali riuniti a Tours chiesero una redazione officiale delle consuetudini. Carlo VII fece ragione al voto della nazione, ed ordinò, con lettere patenti del 20 giugno 1453, di mettere in iscritto tutte le consuetudini e di sottoporle poscia all'approvazione del Parlamento. Il re dichiara « ch'egli vuole abbreviare i processi e i litigi fra i suoi sudditi e disgravarli dalle spese cui i processi davano occasione, mettendo una certezza nel giudizio per quanto più si potrà fare ».

La redazione delle consuetudini mutò la natura del diritto consuetudinario. Da diritto non iscritto divenne un diritto scritto. Le consuetudini redatte ed approvate erano altrettanti codici locali: era proibito agli avvocati di proporre ed ai giudici d'ammettere altre consuetudini all'infuori di quelle ch'erano state redatte officialmente per voto degli Stati e sotto l'autorità del re. E tanto si assimilarono le consuetudini alle leggi, che i giudizii, i quali le violavano, erano soggetti a cassazione, e quando si trattava di riformarle bisognava ricorrere all'autorità del re (2). La codificazione delle consuetudini ebbe ancora un altro risultato egualmente importante: cioè che il diritto romano modificò il diritto consuetudinario. Furono i legisti educati al culto del diritto romano che compilarono le consuetudini: ed era naturale che eglino facessero prevalere le idee romane, le quali, ai loro occhi, si identificavano con la ragione, con la giustizia eterna. Vi sono consuetudini le quali non fecero che formolare i principii del diritto romano: tali sono quelle del Berry; altre, le quali dichiararono che il diritto di Roma è il diritto comune, ove rimandano per le materie da esse non trattate (3). Onde moltissimi giureconsulti, anche dei paesi consuetudinari, sostennero che il diritto romano formasse il diritto comune della Francia. Ciò evidentemente è un errore: Guy Coquille lo ha vivamente rilevato: egli qualificò dottori ultramontani coloro che addimostravano un'ammirazione sì grande per il diritto romano: egli disse che le leggi

(1) Una numerazione completa di queste raccolte di consuetudini si trova in Warnkönig (Französische Staats-und Rechtsgeschichte, t. II, p. 60 e seg.).
(2) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Coutume*, § 2.
(3) Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, p. 222 e seg.

romane non avevano in Francia che un'autorità di ragione, ma che per questo appunto anche la ragione poteva e doveva sottometterle al suo esame e alla sua critica (1).

5. Oltre alle consuetudini e al diritto romano, vi erano le ordinanze e gli editti dei re. Queste erano le leggi propriamente dette. Esse occupano un posto molto secondario nell'antico diritto. A primo aspetto ciò sorprende, quando si rammenti che i re avevano la pienezza del potere legislativo. Ma la regalità non sentiva il bisogno d'intervenire nelle materie di diritto privato: il diritto romano nelle provincie del mezzogiorno, le consuetudini nelle altre, eran sufficienti alle necessità della pratica; i re avrebbero dovuto introdurre l'unità in questo caos, ma noi abbiam detto quali erano gli ostacoli che li avrebbero fermati, s'eglino avessero concepito l'ardito progetto d'una legislazione uniforme. Sotto Luigi XIV si codificarono talune materie. Una delle sue ordinanze porta il titolo di *Code civil*, ed è quella che tratta della procedura: essa comprende gli atti dello stato civile; e questa parte dell'ordinanza è la fonte del titolo contenuto sulla stessa materia nel codice Napoleone. Sotto Luigi XV, il cancelliere d'Aguessau continuò questo lavoro legislativo. Gli autori del codice Napoleone trassero profitto dalle ordinanze del 1731 sulle donazioni, del 1735 sui testamenti, del 1747 sulle sostituzioni. Vi erano inoltre delle leggi locali sotto il nome d'*arrêts de règlement;* i Parlamenti si avevano arrogato il potere di fare delle vere e proprie leggi, statuendo per via di decisioni generali e regolamentarie; essi inviavano queste decisioni ai tribunali della loro giurisdizione, i quali erano tenuti ad applicarle. Gli è vero che questi decreti regolamentari si rendevano *sous le bon plaisir du roi,* che poteva sempre cassarli (2).

Tutto era confusione nell'antico regime; i Parlamenti facevano delle leggi e paralizzavano il potere legislativo del re. La registrazione delle ordinanze ha una gran parte nella storia del diritto, e siccome di ciò generalmente se ne ha una falsa idea, così noi ne diremo qualche parola. In principio, la registrazione era un mezzo onde dare la pubblicità alle leggi: esse venivano mandate alle autorità giudiziarie ed amministrative, che le trascrivevano sopra i loro registri, in base alle ordinanze (3). Ciò si faceva, come dice un'ordinanza del 17 dicembre 1392, « per averne memoria nel tempo avvenire ». Tutta la forza obbligatoria delle leggi non era condizionata a siffatta formalità. Ma i Parlamenti profittarono della registrazione per fare delle *rimostranze* al re, e, in attesa della sua decisione, essi non registravano punto. Ordinariamente bastava una *lettera di comando* (*lettre de jussion*) per far cedere le Corti. Quando esse

(1) Guy-Coquille, *Commentaire sur la Coutume du Nivernais* (Oeuvres, t. II, p. 1-4).
(2) Togliamo queste notizie da Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire.*
(3) « Registrata inter arresta. »

s'ostinavano, il re vinceva la loro resistenza venendo a presiederle egli stesso: ciò era quel che si chiamava *letto di giustizia* (*lit de justice*). In caso estremo, si esiliavano. Questo era lo stato legale. È dunque un errore il credere che la registrazione fosse necessaria perchè la legge esistesse o perchè fosse obbligatoria. Il Parlamento non ebbe mai una parte legale nel potere legislativo. Quando la regalità era debole, il Parlamento usurpava una parte del potere regio; quando un Luigi XIV occupò il trono, il Parlamento non oppose la minima resistenza all'arbitraria volontà del principe. Sotto l'età minore di Luigi XV, il reggente permise al Parlamento di fare rimostranze prima della registrazione; ma dovevano essere indirizzate al re entro un dato tempo, decorso il quale le leggi venivano reputate come registrate. Che se, dopo aver ricevuto le rimostranze, il re ordinava che la legge fosse registrata, la registrazione doveva essere pura e semplice; altrimenti si reputava fatta come tale (1). Tale fu lo stato legale sino alla Rivoluzione, che distrusse i Parlamenti e sostituì alla guarentigia illusoria della registrazione l'intervento regolare della nazione.

6. Noi abbiamo detto che la posizione privilegiata della religione cattolica aumentava la confusione dell'antico diritto. La Chiesa aveva un diritto a sè, poichè essa aveva esercitato per l'addietro la sovranità, e, per conseguenza, una gran parte della giurisdizione. Negli ultimi secoli della monarchia essa era ben decaduta; tuttavia il diritto canonico faceva ancora parte della legislazione francese, a cagione dell'unione intima che esisteva fra il trono e l'altare. Fin dalla sua origine, il diritto canonico, a differenza del diritto barbarico e del feudale, era il medesimo per tutta la cristianità. La Chiesa essendo una come la fede, anche il diritto dovea partecipare di questa ferrea unità. Era l'unità spinta sino alla distruzione d'ogni individualità. Ne risultò che lo Stato era intollerante perchè la Chiesa era intollerante. I protestanti non godevano di niuna libertà, neppure dello stato civile. S'intende da sè che in tutte le materie, nelle quali la legislazione laica toccava un dogma, essa doveva uniformarsi al diritto della Chiesa. Il cattolicismo non ammetteva il divorzio, la legislazione civile lo respinse del pari. Qui nondimeno bisogna fare una riserva a favore della Chiesa. La facoltà illimitata di divorziare avvilisce il matrimonio e ne fa un concubinato, rivestito della sanzione legale. È d'uopo, al contrario, proclamare con la religione cattolica che gli sposi si uniscono nello spirito di perpetuità, ed è d'uopo organizzare il divorzio, se vuolsi ammetterlo, in modo che sia una rara eccezione. È un titolo di gloria per la Chiesa l'aver propagato nelle mente quest'idea della perpetuità del vincolo coniugale: donde la moralità ch'essa fondò nelle famiglie, e, guardiamoci dall'obbliarlo, la moralità è una condizione d'esistenza per le società.

(1) Dichiarazione del 15 settembre 1715; Lettere patenti del 26 aprile 1718.

II.

7. Tali erano gli elementi del diritto francese nell'89. Lasciamo da parte il diritto canonico, la cui influenza era singolarmente diminuita, e che doveva essere spazzato via con la Chiesa dalla tempesta rivoluzionaria. Restavano il diritto romano, le consuetudini e le ordinanze. Il diritto romano non era più quel diritto rigoroso che Leibnitz paragona alle scienze matematiche; esso variava, come le consuetudini, d'una in altra provincia. Quanto al diritto consuetudinario, era variabile e diverso per sua natura. Benchè le consuetudini avessero tutte la medesima origine, variavano pure considerevolmente. V'hanno tratti che sono comuni, ma anche nei punti, ove sembra che concordino fra loro, regna una diversità infinita. Una delle materie, in cui il diritto consuetudinario si scosta maggiormente dal diritto romano, è il regime che regola i rapporti pecuniari degli sposi. A Roma il regime dotale formava il diritto comune, mentre nei paesi di diritto consuetudinario vigeva la comunione dei beni. Tuttavia v'erano delle consuetudini che proibivano la comunione. Qua si permetteva al marito di donare alla moglie una parte dei suoi beni, e la moglie aveva la facoltà di disporne a favore del marito; là si proibiva ai coniugi di donarsi una porzione dei beni, sia per donazione reciproca, sia altrimenti, Il diritto delle persone variava come il diritto dei beni. Era una massima delle nostre consuetudini che non *ha luogo il diritto di patria potestà*. Tuttavia v'erano di quelle che accordavano al padre il diritto della patria potestà. Nei dettagli la varietà era infinita (1).

Le ordinanze concernenti il diritto civile sono poco numerose. Cosa notevole, quella del 1735 s'accomodò alla divisione della Francia in paesi di diritto scritto e in paesi di diritto consuetudinario: essa prescrisse forme differenti per i testamenti, a seconda che fossero fatti o nel mezzogiorno o nel nord della Francia. Tanto la diversità era radicata nei costumi! Vi ha di più. Merlin dice che vi era, in fatto di legge, una ben strana singolarità: cioè che un editto era osservato in una parte del regno e rigettato in un'altra: qui si osservava la legge nella sua integrità, là se ne adottavano soltanto talune disposizioni (2). È dunque vero, come dice Portalis, che la diversità del diritto formava, in un medesimo Stato, cento Stati differenti: « La legge, dappertutto opposta a sè stessa, divideva i cittadini invece di unirli » (3).

8. La Rivoluzione, fin dal primo giorno dell'89, ebbe l'ambizione di surrogare questo diritto diverso mediante una legge comune, per tutti eguale. Nella celebre notte del 4 agosto gli ordini

---

(1) Possono vedersene esempi in FROLAND, *Mémoires concernants la nature et la qualité des Statuts*, t. I, p. 4, n. 4.

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Autorités*.

(3) PORTALIS, *Seconda esposizione dei motivi* del titolo preliminare (LOCRÉ, *Législation civile*, t. I, p. 299, n. 1).

rinunziavano ad ogni lor privilegio per confondersi in una stessa patria. L'unità nazionale richiese un diritto nazionale. Le Assemblee legislative, in attesa che potessero imprendere questo lungo lavoro, vollero mettere il diritto privato in armonia col novello ordine di cose. La libertà e l'uguaglianza erano il fondamento della costituzione politica: come mai la dipendenza delle classi, come mai l'oppressione feudale potevano continuare a regnare nelle relazioni individuali? Uno dei primi atti della Rivoluzione fu di proclamare la libertà delle persone e delle terre. Il feudalismo fu abolito fin nelle sue ultime vestigia: per la prima volta, dacchè il mondo esiste, gli uomini furono liberi ed eguali. Era una rivoluzione più radicale ancora di quella che si compiva nell'ordine politico. L'antico diritto era aristocratico come l'antico regime, e bisognava democratizzarlo. Si cominciò coll'abolire i privilegi che tendevano a concentrare le grandi fortune in alcuni individui. Ciò per altro non bastava: bisognava sminuzzarle all'infinito, e fu a questo intento che la Convenzione Nazionale organizzò il diritto di successione. La passione dell'eguaglianza e della libertà fece talvolta sorpassare al legislatore rivoluzionario i limiti di una legittima innovazione. Non contento d'assicurare ai figli naturali i diritti che lor dà la natura, li pose al medesimo livello dei figli legittimi, come se avesse voluto onorare il concubinato. Che dico io? La Convenzione accordò delle ricompense alle zitelle madri! L'Assemblea legislativa ebbe ragione di stabilire il divorzio; ma permettendolo per semplice incompatibilità d'umore o di carattere, essa gittava il matrimonio, e in conseguenza la moralità delle famiglie, in balia a tutti i capricci della passione.

Anche nell'ordine religioso non mancarono gli eccessi. Noi possiamo plaudire senza riserva ai decreti che stabilirono la libertà religiosa. Portalis dice benissimo « che bisogna tollerare tutto quello che tollera la Provvidenza, e che la legge, senza investigare le credenze dei cittadini, non dee vedere che Francesi, come la natura non vede che uomini » (1). In questo nuovo ordine di idee la legislazione civile dev'essere secolarizzata vale a dire che le istituzioni civili non devono essere più mescolate con le istituzioni religiose. L'Assemblea legislativa applicò questo principio al matrimonio, e l'applicazione deve diventare generale.

9. Noi non facciamo che indicare le principali innovazioni che la legislazione rivoluzionaria introdusse nel campo del diritto civile. Esse aumentavano la confusione che regnava nel diritto civile. Le leggi parziali emanate dalle Assemblee legislative non potevano stabilire l'armonia fra la legislazione privata e la legislazione politica: ne risultò un vero caos. Non v'era che un mezzo per rimediare al male, e questo consisteva nel codificare il diritto. Di già nel decreto del 21 agosto 1790 l'Assemblea Costituente di-

(1) PORTALIS, *Esposizione generale del sistema del codice civile, fatta nella seduta del Corpo legislativo* del 3 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, pagina 190, n. 7).

chiarò che sarebbe compilato un codice generale di leggi semplici e chiare. La Costituzione del 1791 porta che « sarà fatto un codice di leggi civili comuni a tutto il regno ». Una disposizione analoga sta nella Costituzione del 93 (art. 85).

La Convenzione aveva un'ambizione più grande; essa concepì il disegno gigantesco di codificare tutte le parti del diritto. Questo lavoro immane non spaventò punto uomini che nulla spaventava. Essi avevan premura di cancellare dalla legislazione « l'impronta disgustosa del realismo che l'infettava »; queste sono le espressioni di Couthon, che fece un rapporto sulla codificazione generale. Ivi si legge: « Per quanto vasta vi possa sembrare l'opera, di cui vi ho annunziato il piano, siate pur certi che questo spirito rivoluzionario, il quale precipita gli avvenimenti per la prosperità del popolo, raggiungerà prestamente la meta » (1). La Convenzione approvò il piano e le misure d'esecuzione prese dalla Commissione, e si pose all'opera.

10. La passione rivoluzionaria non dubitava di nulla. Essa subì più d'una disillusione. La codificazione generale non riuscì. Lo stesso avvenne dei progetti di codice civile che furono redatti successivamente. Il 9 agosto 1793 il rappresentante Cambacérès presentò, in nome della Commissione di legislazione, un progetto di codice civile ch'era pressochè intieramente opera sua. Cosa notevole! questo progetto si allontanava ben di sovente dal diritto romano per avvicinarsi alle massime del diritto consuetudinario. Esso non ammetteva più patria potestà: sorveglianza e protezione, ecco i diritti dei genitori: nudrire, allevare, educare i loro figli, ecco i loro doveri. Il legislatore non lasciava una piena libertà nell'educazione dei figli, e non avea torto, almeno quanto al principio; egli ordinò d'insegnar loro un mestiere o l'agricoltura, al fine di ispirar loro fin dall'infanzia l'amore dell'uguaglianza e il gusto al lavoro. Vi sono ancora nel progetto di Cambacérès altre traccie dello spirito rivoluzionario. Egli consacrava il divorzio, aboliva l'incapacità dei figli naturali: gli uomini essendo uguali innanzi alla natura, diceva il relatore, devono esserlo anche innanzi alla legge. Non si voleva più la potestà maritale, come non si voleva la patria potestà: la moglie e il marito avevano un egual diritto nell'amministrazione dei beni comuni (2).

Un tratto caratteristico di questo primo progetto di codice civile è il suo laconismo eccessivo. Sul domicilio non v'ha che un solo articolo, ed un solo anche sugli atti dello stato civile. Cambacérès dice benissimo, che concepire un progetto del codice che prevedesse tutti i casi sarebbe cullarsi in una speranza chimerica. Il legislatore deve dunque limitarsi a proclamare dei principii generali. Ma fa d'uopo anche che questi principii sieno completi, perchè essi debbono guidare e insieme vincolare il giudice.

(1) *Monitore* del 13 pratile anno II.
(2) Vedi il rapporto di Cambacérès e la discussione del primo articolo nel *Monitore*, 23, 24, 26 agosto, 1 e 5 settembre 1793.

Il laconismo favorisce l'arbitrio ed imbarazza il magistrato che, nel silenzio della legge, diviene legislatore. Si debbono adunque evitare due scogli; una troppo grande prolissità, la quale affoga i principii nei dettagli, ed una eccessiva concisione, che lascia il giudice senza direzione e senza freno.

11. Il progetto del 93 non appagò la Convenzione; essa credette vedervi troppe traccie dell'antico diritto civile; voleva maggiori innovazioni, idee più grandi in armonia con la grandezza della repubblica. Nel desiderio di avere un codice di leggi concepito giusta le idee del tutto nuove, la Convenzione decretò che sarebbe istituita una Commissione di filosofi, incaricata di questa missione. Il decreto, emanato durante la febbre rivoluzionaria, non ebbe punto esecuzione. Era un'idea felicissima quella di volere un codice del tutto nuovo. Il diritto è uno degli elementi essenziali che costituiscono la vita d'un popolo: non lo si può cangiare da un giorno all'altro, come non si può mutare la lingua e la religione. Vale a dire che le leggi debbono avere la loro radice nel passato, ch'esse debbono tener conto della tradizione. Ascoltiamo uno degli autori del codice civile: « Si fanno spesso troppi ragionamenti quasi che il genere umano finisse e ricominciasse ad ogni istante, senz'alcuna specie di comunione fra una generazione e quella che la segue. Le generazioni si succedono, si mescolano, s'intrecciano e si confondono. Un legislatore isolerebbe le sue istituzioni da tutto ciò che può naturalizzarle sulla terra, s'egli non osservasse diligentemente i rapporti naturali che legano sempre, più o meno, il presente al passato o l'avvenire al presente, e che fan sì che un popolo non cessa giammai, sino a un certo punto, di rassomigliare a sè stesso » (1). È in questo senso che Portalis dice che i codici si fanno col tempo, ma che, a parlare propriamente, essi non si fanno mai (2).

12. I legislatori rivoluzionarii avevano altre idee. La loro missione era d'innovare, ed essi non potevano avere per la tradizione quel rispetto che comanda di risparmiare anche gli errori e i pregiudizii. Essi volevano tutto distruggere e tutto ricostruire da capo. Ciò era impossibile; ecco perchè tutti i saggi di codificazione fallirono. Cambacérès presentò un nuovo progetto il 23 fruttidoro anno II. Per la forma e per la sostanza il codice del 94 rassomigliava a quello del 93; esso conteneva dei principii generali in 297 articoli. Il comitato di legislazione, diceva il relatore, si è curato di ridurre il codice ad assiomi che l'intelligenza possa seguire senza fatica nelle loro conseguenze, e la cui applicazione lasci sussistere poche quistioni. Il legislatore non s'accorse punto che a forza di laconismo avrebbe fatto nascere delle difficoltà, e che perciò esso favorirebbe lo spirito del cavillo, quan-

---

(1) PORTALIS, *Discorso preliminare del progetto del codice civile* (LOCRÉ, art. I, p. 163, n. 34).

(2) PORTALIS, *Discorso preliminare* (LOCRÉ, t. I, p. 160, n 18).

tunque il suo scopo fosse, come lo diceva Cambacérès, « di recidere d'un colpo tutte le teste di quest'idra » (1).

La discussione del progetto del 93 ci rivela i sentimenti di quest'epoca. Niente di più caratteristico quanto il dispregio del legislatore rivoluzionario pel diritto romano. « Il codice civile di Roma, dice Barère, tanto vantato da coloro che non sono stati condannati a leggerlo o a studiarlo, era un volume enorme, corrotto da un cancelliere perverso di un imperatore imbecille ». Nè migliore opinione aveva Barère del diritto consuetudinario: « Le nostre leggi civili, le nostre costumanze furono, siccome tutte quelle dei popoli d'Europa, un bizzarro miscuglio di leggi barbare e disparate ». La rivoluzione passa sopra a queste opere informi: « Non appartiene che ai fondatori della Repubblica d'effettuare il sogno dei filosofi e di fare leggi semplici, democratiche e intelligibili da tutti i cittadini » (2). Noi citeremo una di queste innovazioni. Il progetto portava che « gli sposi hanno ed esercitano un diritto eguale per l'amministrazione dei loro beni ». Merlin e tutti i legisti combatterono questa uguaglianza che necessariamente avrebbe condotto all'anarchia. I rivoluzionari più famosi, Danton, Couthon, Camillo Desmoulins, presero la parola per difendere il progetto. Desmoulins disse « che non bisognava più a lungo conservare la potestà maritale, creazione di governi dispotici, che occorreva di far amare la rivoluzione dalle donne, e che si raggiungerebbe questo fine col dar loro il godimento dei proprii diritti (3). Un codice composto con questo spirito non avrebbe avuto che un'esistenza passeggera. Senza dubbio le leggi civili debbono essere in armonia con l'ordine politico, ma debbono essere anzitutto l'espressione della giustizia eterna e non delle passioni di un momento.

13. La convenzione aveva appena discusso qualche articolo del progetto del 94, quando si sciolse per far luogo al Direttorio, creato dalla costituzione dell'anno III. Cambacérès presentò un terzo progetto di codice civile al Consiglio dei *Cinquecento*. Per la forma e per le idee esso serve di transizione tra l'epoca rivoluzionaria e quella del Consolato. Il progetto conteneva 1104 articoli. Esso stabiliva una differenza fra i diritti dei figli naturali e quelli dei figli legittimi; riconosceva al marito la potestà esclusiva sui beni comuni. Il Consiglio non discusse menomamente il progetto. Esso si fece trascinare dallo spirito di reazione che doveva finire con la caduta della costituzione repubblicana. Per salvarla, il Direttorio ricorse a colpi di Stato, poscia esso stesso fu rovesciato dalla forza armata. I colpi di Stato non salvano la libertà, ma la precipitano. Bonaparte, primo console, aprì la via a Napoleone imperatore. La Francia guadagnò l'ordine ed una gloria militare senza confronto, ma perdè ciò che v'ha di più prezioso al mondo, la libertà.

(1) Rapporto di Cambacérès, nel *Monitore* del 18 frimaio anno III.
(2) *Monitore* del 22 fruttidoro anno II.
(3) *Monitore* del 26 agosto 1793

III.

14. Il primo console credeva ch'egli avrebbe compensato la Francia della libertà che le toglieva col darle le leggi civili. Nell'atto medesimo che stabilì il governo consolare, egli annunziò la prossima pubblicazione d'un codice di leggi civili (1). Infatti le Commissioni incaricate di redigere una novella costituzione presentarono anche un progetto di codice. Fatto con precipitazione, per dare qualche soddisfazione all'opinione pubblica, questo quarto progetto non conteneva che un'esposizione di principii generali. Il lavoro di codificazione non cominciò seriamente che il 24 termidoro anno VIII. Un'ordinanza di questo giorno nominò una Commissione composta da Tronchet, presidente del tribunale di cassazione, Bigot-Préameneu, commissario del governo (procuratore generale) presso questo tribunale, Portalis, commissario presso il Consiglio delle Prede, e Maleville, membro del tribunale di Cassazione, il quale doveva compiere le funzioni di segretario redattore. Il decreto dei consoli disponeva che si rimettessero alla Commissione i tre progetti redatti per ordine della Convenzione e quello che stava formolando la Sezione di legislazione; il nuovo progetto doveva essere ultimato nell'ultima decade di brumaio anno IX. Comunicando questo decreto ai membri della Commissione, il Ministero della giustizia annunziò loro che il primo console desiderava che il loro lavoro fosse fatto il più presto possibile. « Noi ci affrettammo a compiere questo voto, dice Maleville. L'ordine dei titoli fu bentosto convenuto, le materie ordinate. A forza di lavoro noi pervenimmo a fare un progetto di codice civile in quattro mesi » (2). Tronchet, il presidente della Commissione, era un profondo giureconsulto della scuola consuetudinaria; Bigot-Préameneu e Maleville erano empirici; il membro più distinto era Portalis. Di già questi prima della rivoluzione, nel 1770, aveva pubblicata una Memoria in cui sosteneva la validità del matrimonio dei protestanti. Voltaire applaudì a questo lavoro che chiamò un vero trattato di filosofia, di legislazione e di morale politica. Portalis era un giureconsulto filosofo: gli si devono le più belle relazioni che siano state fatte sul codice civile.

Il governo fece stampare il progetto della Commissione, e lo inviò alla Corte di cassazione ed alle Corti di appello, perchè esponessero le loro osservazioni; inoltre invitò tutti i cittadini a fare altrettanto. Si pubblicarono le osservazioni dei tribunali, che furono quasi unanimi nel tributare elogi. La magistratura applaudì a un progetto che apportava l'unità e la chiarezza nella diversità infinita della giurisprudenza. Essa applaudì sovratutto ai saggi principii che avevano guidata la Commissione: « ri-

(1) Legge del 19 brumaio anno VIII, art. 9.
(2) MALEVILLE, *Analyse raisonné de la discussion du code civile*, t. I, p. X.

spetto del diritto antico in tutto ciò ch'era compatibile con i costumi novelli ».

15. La discussione nel seno del Consiglio di Stato cominciò il 28 messidoro anno IX. Dopo la costituzione dell'anno VIII il Consiglio di Stato venne incaricato di redigere i progetti delle leggi e i regolamenti di pubblica amministrazione. Esso si divise all'uopo in cinque sezioni: di legislazione, dell'interno, delle finanze, della guerra e della marina. Il progetto di codice civile, diviso in leggi speciali, comprendenti ciascuna un titolo, fu inviato alla sezione di legislazione. Dopo la discussione il progetto di legge venne sottoposto all'assemblea generale del Consiglio di Stato, presieduto da uno dei consoli. Una nuova discussione si aprì. Quando un progetto era approvato definitivamente il primo console nominava nel seno del Consiglio di Stato degli *oratori del governo* incaricati di esporne i motivi innanzi al Corpo legislativo e difenderlo al bisogno.

Il potere legislativo era ripartito fra il governo, il Tribunato, il Corpo legislativo e il Senato conservatore. Il governo affidato a tre consoli, magistrati temporanei ed elettivi, proponeva le leggi; esso aveva solo il diritto d'iniziativa. Il Tribunato era un'assemblea deliberante di cento membri; esso discuteva le leggi ed emetteva un voto d'adozione o di rigetto. Questo voto veniva trasmesso al Corpo legislativo che adottava o rigettava i progetti di legge, dopo avere inteso gli oratori del governo e del Tribunato, ma senza deliberazione. Nei dieci giorni che seguivano l'adozione di un decreto, il Tribunato poteva proporre un ricorso per causa di incostituzionalità, avanti al Senato, il quale aveva il potere d'annullare la legge, se era incostituzionale.

Questa organizzazione del potere legislativo era un'imitazione di quella dei tribunali. Il concetto era poco felice. I giudici ascoltano gli avvocati e il pubblico ministero, poscia deliberano e discutono, e la sentenza reca i motivi della loro decisione. Sotto la costituzione dell'anno VIII i tribuni discutevano ma non votavano; essi non avevano neppure il diritto di proporre degli emendamenti; il Corpo legislativo votava senza aver deliberato, e naturalmente senza motivare il suo voto. Ciò significava trasformare le assemblee legislative in macchine di votazione. Ne risulta un grande imbarazzo per l'interprete, poichè gli è impossibile di conoscere per quale ragione il Corpo legislativo ha adottato un progetto di legge, essendo i legislatori condannati al mutismo. Il Tribunato sovratutto aveva una posizione falsissima. Non potendo emendare i progetti che gli erano sottoposti, si trovava nella necessità d'emettere un voto d'adozione, quantunque disapprovasse il progetto in molte sue disposizioni, o un voto di rigetto, anche approvando quasi tutte le proposte del governo. Composto di avanzi della rivoluzione, era ben naturale che si appigliasse all'ultimo partito.

16. Il Corpo legislativo, sulla proposta del Tribunato, rigettò il primo progetto di legge che comprendeva il titolo preliminare. E già i tribuni avevano manifestata l'intenzione di domandare il

rigetto del secondo progetto, perchè esso ristabiliva indirettamente il diritto d'albinaggio che l'Assemblea Costituente aveva dichiarato per sempre abolito. Allora il primo console ritirò i progetti di codice civile. Annunciando questa risoluzione al Corpo legislativo, dichiarò « com'egli con pena si trovava costretto di rimettere ad altra epoca le leggi attese con tanto interesse dalla nazione, ma ch'egli si era convinto non essere ancor venuto il tempo in cui si porterebbe in queste discussioni la calma e l'unità d'intenzione che esse richiedevano » (1). Bonaparte trattò i tribuni da *re detronizzati;* non poteva esservi pace fra lui e uomini che si consideravano come i rappresentanti del popolo, mentre il primo console intendeva d'essere egli soltanto l'organo della potenza nazionale. Egli ruppe l'opposizione del Tribunato mercè un nuovo colpo di Stato sotto forma di Senatoconsulto. Il Senato ridusse il Tribunato a cinquanta membri; gli oppositori furono eliminati (2). Ciò significava rendere impossibile ogni resistenza. Per prevenire sin l'apparenza d'una opposizione, il governo decise che i progetti di legge fissati dal Consiglio di Stato fossero comunicati officiosamente al Tribunato.

Quando la Commissione incaricata di questo esame preparatorio proponeva delle modificazioni, spettava alla sezione corrispondente del Consiglio di Stato il deliberare in proposito, e, se essa non era d'accordo, si stabilivano delle conferenze fra i consiglieri di Stato e i tribuni. Era soltanto dopo queste conferenze che i progetti di legge venivano definitivamente fissati e trasmessi al Corpo legislativo.

17. Il 22 fruttidoro anno X, il lavoro di codificazione venne ripreso; la discussione continuò durante gli anni XI e XII. A dire il vero, non vi fu più discussione. Il Tribunato non era più che una Commissione di legislazione; dietro il rapporto che gli veniva fatto esso emetteva invariabilmente un voto d'adozione. E il Corpo legislativo, dopo avere ascoltato *pro forma* i discorsi degli oratori del governo e del Tribunato, votava con eguale regolarità l'adozione del progetto di legge che gli era stato presentato. A partire dal Senatoconsulto dell'anno X non vi furono più discussioni che nel seno del Consiglio di Stato. I diversi titoli del codice furono presentati ed adottati sotto la forma di leggi particolari. Quando tutte le parti furono votate, il governo le riunì in un sol corpo sotto il titolo *Codice civile dei Francesi.* Tale fu l'obbietto della legge del 30 ventoso anno XII. La riunione delle leggi separatamente adottate non tolse che ciascuna di esse fosse obbligatoria a partire dalla sua pubblicazione.

18. Il *Codice civile dei Francesi* subì una revisione dopo la fondazione dell'Impero. In conseguenza del mutamento nell'ordine politico parve conveniente di modificarne la dicitura. Il titolo primitivo fu surrogato da quello di *Codice Napoleone,* lo

(1) Messaggio del 12 nevoso anno X (Locré, *Législation civile,* t. I, p. 51).
(2) Senatoconsulto del 16 termidoro anno X.

espressioni che si riferivano alla forma di governo repubblicano fecero luogo ad espressioni monarchiche: invece di *repubblica, primo console, governo o nazione* si pose *impero, imperatore, Stato*. Nel fondo non si mutò quasi nulla. Bigot-Préameneu dice nell'*Esposizione dei motivi* della legge del 3 settembre 1806: « Il codice Napoleone è una specie d'arca santa verso la quale noi daremo ai popoli vicini l'esempio di un rispetto religioso ». Tuttavia vi fu qualche modificazione. Il codice civile proibiva le sostituzioni; Napoleone trovò bene ristabilirle in favore della novella nobiltà che creava. Si richiamò questa eccezione nell'edizione del 1807. Nel testo primitivo s'era conservato il calendario repubblicano decretato nel 1793. Un Senatoconsulto avendo ristabilito il calendario gregoriano, la nuova edizione vi si conformò.

Il codice Napoleone divenne la legge dell'immenso impero di cui Napoleone era il capo; esso venne introdotto nella maggior parte dei piccoli Stati d'Alemagna; fin nel granducato di Varsavia. Dopo la caduta della dominazione francese gli Alemanni ripudiarono, forse con troppa fretta, un codice che sembrava loro imposto, e che in realtà era l'espressione delle consuetudini germaniche. Esso fu mantenuto nelle provincie renane e nel regno dei Paesi Bassi. Esso regge ancor oggidì il Belgio, e siccome non è stato riveduto, l'edizione ufficiale è sempre quella del 1807 (1). Nonpertanto fu modificato nel Belgio in alcune parti. La più importante di queste mutazioni concerne il regime ipotecario.

§ 2. Fonti del codice Napoleone.

I.

19. Quando il codice civile fu discusso, si rimproverò ai suoi autori di essersi limitati a formulare i principî del diritto romano e delle nostre antiche consuetudini. Il rimprovero, sotto alcuni rapporti, era un elogio. Portalis rispose che giammai un popolo si era lanciato nella perigliosa impresa di separarsi subitamente da tutto ciò che l'avea civilizzato e di rifare in certo modo la sua esistenza. Egli citò le leggi delle XII Tavole, i codici di Giustiniano, le Ordinanze di Luigi XIV, il codice di Federico (2). Il legislatore dell'anno X non ebbe più pel passato questo dispregio, diremo meglio, quest'odio che addimostravano i legislatori rivoluzionari per tutto quello che rammentava l'antico regime. Quando si paragona il linguaggio di Portalis a quello di Barère, si vede che la Francia era entrata in un'êra novella: « Il diritto scritto, dice egli, che si compone delle leggi romane, ha civilizzato l'Europa. La scoverta che i nostri avi fecero della

(1) Il testo del 1807 è stato ristampato a Bruxelles per cura di *Delebecque*, avvocato generale alla Corte di cassazione.

(2) Portalis, *Esposizione generale dei motivi del sistema del codice civile* (Locré, t. 1, p. 189, n. 6).

compilazione di Giustiniano fu per essi una specie di rivelazione... La maggior parte degli autori che censurano il diritto romano con acrimonia pari alla leggerezza bestemmiano ciò ch'essi ignorano. Ognuno ne sarà convinto, se nelle collezioni che ci han trasmesso questo diritto si sappia distinguere le leggi, che han meritato d'essere appellate la *ragione scritta,* da quelle che non riguardavano che istituzioni particolari, estranee alla nostra condizione ed ai nostri usi ». Portalis riconosce che fra le consuetudini ve ne son di quelle che portano l'impronta della nostra barbarie primitiva; ma ve ne son pure, aggiunge egli, di quelle che fanno onore alla saggezza dei nostri padri, che han formato il carattere nazionale, e che son degne di miglior tempo (1).

20. Si deve dire per ciò che il codice civile sia la copia dell'antico diritto? Gli autori del codice non erano certo spiriti retrogradi. Noi raccomandiamo ai ciechi partigiani del passato le sagge parole che qui trascriviamo: « Allora è d'uopo portare delle mutazioni, quando la più funesta di tutte le innovazioni sarebbe, per così dire, di non innovare punto. Non bisogna cedere a cieche prevenzioni. Tutto quel ch'è antico è stato nuovo. L'essenziale si è d'imprimere alle nuove istituzioni il carattere di permanenza e di stabilità che possa lor guarentire il diritto di divenire antiche ». È appunto parlando delle leggi rivoluzionarie che Portalis arditamente inalbera la bandiera del progresso. La rivoluzione fece innovazioni nel campo del diritto civile come nell'ordine politico, e talvolta sorpassò ogni limite. Portalis le rimproverò d'essersi lasciata trascinare in errori dall'odio pel passato e dall'ardore impaziente di tutto rigenerare. Si credè, dic'egli, rifare la società e non si lavorò che a dissolverla (2). Vi è del vero in questo rimprovero; noi l'abbiamo di già riconosciuto. Ma d'altra parte i legislatori dell'anno X non si lasciarono forse trascinare dallo spirito di reazione, che ripudiò la rivoluzione con tanto acciecamento quanto questa n'ebbe per imprecare al passato? Portalis ha ragione di dire che noi abbiam troppo amato nei tempi moderni i mutamenti e le riforme; ma quando aggiunge, che i secoli della filosofia e della luce non sono troppo spesso che il teatro degli eccessi (3), egli è ingiusto verso il secolo XVIII, egli è ingiusto verso la rivoluzione.

V'ha di più. Se l'ardore smoderato d'innovazioni indusse in errori i legislatori rivoluzionari, lo spirito di reazione esercitò alla sua volta una sciagurata influenza sul codice Napoleone. L'opposizione che il primo console incontrò nel Tribunato non fu sempre meschina e dubbiosa, come si pretende (4). Se Napoleone avesse dato ascolto ai tribuni avrebbe mantenuto l'abolizione del diritto d'albinaggio pronunciata dall'Assemblea costituente:

(1) PORTALIS, *Discorso preliminare,* n. 30 e 31 (LOCRÉ, t. I, pag. 162).
(2) PORTALIS, *Esposizione dei motivi della legge del 30 ventoso anno XII,* n. 2 (LOCRÉ, t. I, p. 199).
(3) PORTALIS, *Discorso preliminare,* n. 34 (LOCRÉ, t. I, p. 163).
(4) LOCRÉ, *Legislation civile,* n. 31; Prolegomeni, cap. VI (t. I, p. 50).

la posterità ha dato ragione al Tribunato. Se l'imperatore non avesse imposto silenzio all'unica assemblea, ove l'opinione pubblica poteva farsi intendere, il suo codice avrebbe incontrato senza dubbio maggiori difficoltà, ma sarebbe stato però più in armonia con i sentimenti e le idee della nuova società. Un corpo composto di legisti e d'amministratori è dominato quasi fatalmente dalla tradizione. Ciò spiega come i Tronchet, i Treilhard si pronunziarono per l'orribile concetto della morte civile. Anche in ciò i tribuni avevano ragione contro il governo consolare. In luogo d'imporre loro silenzio, il console avrebbe fatto molto bene ad ascoltarli. Se il Tribunato aveva minor scienza del Consiglio di Stato, per contrario lo spirito di libertà l'animava del suo soffio possente; e questa è una ispirazione che i legisti e i pratici avrebbero torto di dispregiare.

21. Gli autori del codice avevano a vincere un'altra difficoltà. Essi volevano dare alla Francia una legislazione uniforme. Ma come stabilire l'unità e l'armonia fra due diritti così differenti come le leggi romane e le consuetudini? Portalis risponde: « Noi abbiam fatto, s'è lecito di esprimerci così, una transazione fra il diritto scritto e le consuetudini, ogni qualvolta ci è stato possibile di conciliare le loro disposizioni o di modificarle le une con le altre, senza rompere l'unità di sistema e senza offendere lo spirito generale » (1). Noi comprendiamo la transazione e la conciliazione quando sono in conflitto interessi contrari; il cómpito del governo consiste quasi sempre nel transigere e conciliare. Ma si transige su i principii? Si concilia la verità e l'errore, la giustizia e l'ingiustizia? Se i codici non sono eterni, essi per lo meno si fanno come se dovessero essere tali; debbono dunque essere l'espressione del diritto assoluto, per quanto l'uomo può aspirare all'assoluto. Transigere, su questa materia, è un mezzo sicuro per fuorviare. L'ordine di successione consacrato dal codice ci offrirà la prova di quanto noi diciamo. Esso è un miscuglio di diritto romano, di diritto consuetudinario e di diritto rivoluzionario, senza principii certi e conducente ai più ingiusti risultati.

22. Fortunatamente la transazione s'è trovata il più spesso impossibile. La conciliazione non potendo farsi fra il diritto romano e le consuetudini, era d'uopo scegliere, e gli autori del codice, allevati nei paesi di diritto consuetudinario, diedero la preferenza alle consuetudini. Il nostro diritto delle persone non ha più nulla di comune col diritto romano. Il matrimonio, la podestà maritale, la podestà paterna han mutato carattere. Non vi ha quasi alcuna relazione fra i principii del diritto romano intorno alla figliazione e quelli del codice Napoleone. La nostra tutela riposa su tutt'altre fondamenta. La comunione legale, regime di diritto comune degli sposi, era sconosciuta ai giureconsulti romani. Il nostro sistema ipotecario si scosta intieramente dalle massime romane. Il possesso proviene dalle consuetudini. Le forme e le condizioni delle donazioni e dei

(1) PORTALIS, *Discorso preliminare, n. 31* (LOCRÉ, t. I, p. 163).

testamenti sono attinte nelle ordinanze. In apparenza, la teoria delle obbligazioni e della proprietà è ancor oggi quella ch'era presso i Romani. In realtà, quando si entra nei dettagli, si rinvengono ad ogni passo modificazioni, e ve ne sono delle fondamentali. Gli è, in una parola, l'elemento consuetudinario, vale a dire germanico, che domina nel codice Napoleone.

23. Così doveva essere, ed è fortuna che sia così. Il diritto è un elemento della vita dei popoli; esso si modifica adunque con la vita. I nostri sentimenti, le nostre idee, la nostra civiltà non sono più quello che erano in Roma; noi non siamo più Romani. Or come mai il nostro diritto sarebbe ancora quello d'un popolo, da cui differenziamo sotto tanti rapporti? Senza dubbio la civiltà romana è uno degli elementi della civiltà moderna, e il diritto v'ha una parte importante; ma non è mica l'elemento dominante. Se i Germani presero il posto del popolo-re si fu perchè la Provvidenza li destinò a essere a capo d'una novella èra dell'umanità. È dunque naturale ch'essi tengano il primo posto. Noi ce ne felicitiamo. Non già che intendiamo dispregiare il diritto romano e i giureconsulti di Roma; noi li amiamo e li ammiriamo. Ma le nostre predilezioni sono per lo spirito germanico che regna nelle nostre vecchie consuetudini. Ci si permetta per giustificarci di riportare quel che abbiamo scritto altrove sulle differenze che separano il diritto romano e il diritto consuetudinario (1).

24. « I Romani, popolo di giuristi, hanno la gloria di aver portato la scienza del diritto alla perfezione, ma han pagata cara questa gloria: s'essi possiedono tutte le qualità del giureconsulto, ne hanno altresì esagerati i difetti. È una razza formalista, dura, imperiosa, senza cuore, tutta calcolo. I Germani mancano dello spirito giuridico, essi non hanno il genio dell'unità che caratterizza la città eterna, ma non hanno neppure i vizi che noi rimproveriamo ai Romani. In essi è il sentimento che domina, tutto è spontaneità, intimità: razza poetica, essi ignorano le sottigliezze del giurista, preferiscono l'equità alla lettera della legge. Presso i Romani regna il diritto stretto: il pretore corregge quest'assolutismo, ma rispetta il rigore del diritto. La nozione d'un diritto assoluto, regola ferrea, è sconosciuta ai Germani; il loro diritto si confonde con l'equità. Il diritto romano è duro come il popolo-re; d'onde l'idea di potestà, vale a dire di despotismo, su cui riposa la famiglia romana; la personalità è disconosciuta o è assorbita a profitto dello Stato: un arido formalismo prende il posto della vita vera. Il diritto germanico è improntato del carattere della razza tedesca: esso protegge e concilia là ove il diritto romano comanda e proibisce; esso rispetta la personalità in ogni uomo, ignora la superstizione delle formole; la vita vivente prende il posto della vita fittizia. Roma è superiore nel campo della scienza, ma noi preferiamo l'inferio-

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Etudes sur l'histoire de l'humanité* (Il feudalismo e la Chiesa, p. 125 e seg. della 2.ª ediz.).

rità dei Germani, perchè lo spirito che li anima è più umano, più grande, più elevato. È questo spirito che finalmente ha vinto presso i popoli moderni, anche presso quegli stessi che professano una specie di culto per il diritto romano.

« I giureconsulti romani concentrano tutto il diritto nelle persone, nelle cose e nelle azioni. La famiglia riposa sul concetto della potestà, vale a dire sovra un despotismo assoluto illimitato. Essa si concentra nel suo capo. E chi è il padre della famiglia? Colui, dice Ulpiano, che ha il *dominio* nella sua casa. Questo *dominio* assorbe ogni diritto, ogni personalità: moglie, figli, schiavi, tutti sono sottomessi nel medesimo grado all'impero del padre di famiglia. La famiglia germanica ha pure un capo: è egli che la rappresenta, ma egli non è più il padrone, non è che un protettore. La *potestà* si cambia in tutela; il diritto del padre di famiglia è la *mainbournie*, la *custodia*. Qual'è il principio vero? La esperienza dei secoli ha deciso. I popoli moderni han rigettato la dottrina romana e han consacrato nei loro codici le idee dei Barbari.

« Presso i Romani la patria potestà è un diritto del padre, un diritto che non gl'impone verun obbligo; essa non è punto stabilita nell'interesse dei figliuoli, ma in quello del padre di famiglia. Essa è perpetua, i figli son sempre minorenni, anche quando son pervenuti all'età in cui la natura li chiama alla libertà e alla indipendenza; essi non hanno alcuna personalità, non sono che istrumenti di lavoro i quali acquistano pel loro padrone. I Germani ignorano questa potestà. È vero che il padre ha un diritto sopra i suoi figliuoli, ma è un diritto di protezione, è un dovere quanto un diritto; è stabilito in favore del protetto, e cessa quando il figliuolo non ha più bisogno d'appoggio; esso non distrugge punto la sua personalità, poichè il figlio può acquistare ed acquista per sè. I principii del diritto germanico son passati nei costumi. « Non ha luogo il diritto di patria potestà » dice una massima del nostro diritto consuetudinario, e tale è oggi il diritto comune dell'Europa.

« Lo stesso è della potestà maritale. I giureconsulti romani definiscono il matrimonio una comunione di tutta la vita. Il fatto era lungi dal rispondere a questa bella definizione. L'idea di potestà distrugge la personalità della donna; e come potrebbe esservi vita comune laddove la donna sparisce nella sovranità assoluta del capo? Quanto al diritto che regge il patrimonio degli sposi, sembra aver avuto per obbietto di separarli, anzichè di unirli: tutto quel che la donna non apporta in dote resta sua proprietà esclusiva. Non vi è certo interesse comune. La donna germanica è pure sotto potestà, ma non vi è niun rapporto fra questa potestà e quella del diritto romano: essa è una tutela stabilita nell'interesse del protetto. La donna, quantunque abbia un tutore che la difenda e rappresenti, conserva la sua personalità. Tanto è vero che il diritto del marito non è che un diritto di protezione, del quale può essere privato allorchè ne abusa. La

potestà maritale non impedisce che vi sia vita comune fra gli sposi. La moglie è l'associata del marito; essa divide con lui il diritto di educazione; essa ha dunque una parte alla patria potestà. La madre superstite ha la tutela dei suoi figliuoli. La comunione di vita s'estende anche ai beni. I Germani sentivano istintivamente che la vita comune resterebbe una parola vuota di senso, se non abbracciasse anche gl'interessi. Le nostre consuetudini, che si accusano di barbarie, sono più eque verso la donna che il legislatore moderno. « Nessuno è di diritto più erede alla morte quanto la moglie ». « È una legge feudale che pronunzia queste belle parole, grido del cuore ed espressione della giustizia. Il nostro codice colloca la moglie dopo i collaterali di secondo grado! »

Noi non proseguiremo questo confronto delle leggi romane e delle consuetudini nella parte del diritto che concerne i beni; bisognerebbe entrare in troppi dettagli. Troveranno il loro luogo nel corso di questo lavoro. Ad ogni passo noi constateremo che il legislatore moderno dà la preferenza all'equità sul rigore del diritto. Donde proviene questo spirito d'equità? È il sentimento dominante della razza germanica. Ne risulta che, come scienza, il diritto moderno è meno perfetto di quello di Roma; ma, come legislazione, gli è superiore. La vita non si conduce mica con la logica, e il diritto è l'espressione della vita. Il codice è migliore sol perchè si ispira più al sentimento germanico che allo stretto diritto di Roma. Gli antichi giureconsulti davano al diritto romano il bel nome di *ragione scritta;* ma nel mentre lo esaltavano, essi se ne scostavano in tutto ciò che era in collisione con l'equità naturale. Questo si osserva in ogni pagina di Pothier. Tale è ancora lo spirito del codice civile: ed è questo carattere che gli assicura un'incontestabile superiorità sulla romana legislazione.

§ 3. Il codice civile e il diritto anteriore.

25. La legge del 30 ventoso anno XII, porta nell'art. 7: « A contare dal giorno in cui il codice civile avrà esecuzione, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti cesseranno d'aver forza generale o particolare nelle materie che formano obbietto delle dette leggi componenti il presente codice ». Non bisogna confondere quest'abrogazione con la formola ordinaria che sta in fine delle nostre leggi, e che si trova ancora alla fine della nostra costituzione, art. 138: « A contare dal giorno in cui la costituzione sarà esecutiva, tutte le leggi, decreti, ordinanze, regolamenti ed altri atti ad essa contrarii sono abrogati ». Una simile abrogazione non è altro che il principio dell'abrogazione tacita: quando una legge nuova è contraria ad una legge antica, questa si trova naturalmente abrogata; poichè, fra due manifestazioni della volontà sovrana che sono incompatibili,

è l'ultima che deve prevalere. Ma, in virtù di questo principio, non vi è d'abrogato null'altro che le disposizioni della legge antica che non possono conciliarsi con la legge nuova; quelle poi che sono conciliabili con le nuove disposizioni conservano la loro forza obbligatoria. Se si fosse applicato il principio dell'abrogazione tacita al diritto antico, nei suoi rapporti col codice Napoleone, si sarebbe mantenuto tutto il diritto anteriore in tutto ciò che non è contrario al diritto nuovo. La legge del ventoso va molto più lungi. Basta che una materia fosse stata obbietto del codice civile, perchè tutto l'antico diritto concernente questa materia venisse abrogato. Ciò che portò press'a poco all'abrogazione totale del diritto anteriore all'89. Infatti tutte le materie del diritto privato sono trattate nel codice Napoleone. Noi non conosciamo che una sola lacuna: non vi si parla del diritto di enfiteusi e di superficie. L'antico diritto rimase dunque in vigore in queste materie. Nel regno dei Paesi Bassi la lacuna è stata colmata da una legge speciale.

26. Prima di esaminare la portata della legge del ventoso, ci è d'uopo vedere per qual ragione il legislatore francese ha ammesso un principio speciale per l'abrogazione del diritto antico. Al Consiglio di Stato il console Cambacérès fece un'obbiezione contro il disposto dell'art. 7. Il codice civile non contiene punto la soluzione di tutte le quistioni che possono presentarsi. Perciò bisogna lasciare ai tribunali il diritto di attingere le loro decisioni nelle leggi romane e nelle consuetudini. Questa critica tendeva a lasciare alle leggi antiche la loro autorità quanto alle quistioni che non si troverebbero decise dal nuovo codice. Ciò significava, in altri termini, ritornare al principio generale dell'abrogazione tacita. Bigot-Préameneu sostenne che occorreva un principio speciale. Quale è stato lo scopo della codificazione? Qual'è stato il voto delle Assemblee nazionali, quando dimandarono la redazione d'un codice di leggi uniforme per tutta la Francia? Quello di por fine alla diversità che regnava nell'antico diritto. Or che ne avverrebbe se si mantenessero le leggi romane in tutto ciò che non fossero contrarie al codice? Che nei paesi di diritto scritto si continuerebbe a seguire il diritto romano come diritto obbligatorio, anche nelle materie regolate dal codice. Medesimamente nei paesi di diritto consuetudinario si resterebbe attaccati alle antiche consuetudini, in quanto non fossero contrarie a una disposizione del codice. Ne risulterebbe che lo scopo della codificazione non sarebbe raggiunto. Si vedrebbe la Corte di cassazione annullare delle decisioni pronunciate nei paesi di diritto scritto, perchè avrebbero violata una legge romana, nel mentre le medesime decisioni, pronunciate in un paese di diritto consuetudinario sarebbero mantenute. In una parola, il codice civile non avrebbe fatto che aumentare l'incertezza del diritto, in luogo di mettervi un termine. Bisogna dunque abrogare l'antico diritto in modo assoluto. Ciò non impedirà punto, diceva Bigot-Préameneu, che il diritto romano non conservi l'autorità di ragione scritta: « circoscritto in questi li-

miti esso sarà più utile, inquantochè nell'uso non si potranno che adoperare le massime d'equità che esso contiene, senza essere costretti di servirsi delle sottigliezze e degli errori che qualche volta vi sono mescolati ». Cambacérès non insistè punto: è sufficiente, diss'egli, che i giudici abbiano la facoltà di prendere per guida le leggi antiche (1).

27. L'art. 7 della legge del ventoso dà luogo ad una difficoltà. Che si deve intendere per queste parole: *che sono l'obbietto delle leggi componenti il presente codice?* Egli è certo che, quando una materia è regolata in una maniera completa dal codice Napoleone, tutto il diritto antico è abrogato, senza che si debba entrare nella quistione di conoscere se il diritto antico sia o non sia compatibile col diritto nuovo. La Corte di Colmar ha deciso così (2), e ciò non può formare oggetto d'alcun dubbio. Ma è d'uopo che il codice contenga un sistema completo sopra una materia perchè il diritto antico sia abrogato? Lo si pretende (3). Ma ciò è in opposizione col testo della legge del ventoso e con la discussione che noi riporteremo. Basta che una materia sia trattata nel codice, anche in modo incompleto, perchè si debba dire ch'essa forma *obbietto* del codice, e in conseguenza il diritto antico si troverà abrogato. Noi non abbiamo che un solo articolo sull'azione pauliana (1167), ma ciò non impedisce che il diritto romano sia abrogato; ben inteso, come si disse nel Consiglio di Stato, che il diritto romano servirà ad interpretare i principii che sono stati attinti nelle leggi romane.

Si obbietta che la legge del ventoso, così interpretata, porterebbe anche l'abrogazione di leggi che sono d'una necessità assoluta. Tale è la legislazione sull'arresto personale. Il codice contiene tutto un titolo su questa materia. Intanto nessuno ha giammai preteso ch'esso abbia abrogato la legge del 15 germinale anno VI. No, il codice non abroga punto questa legge, ma è per tutt'altra ragione che quella allegata. La legge del ventoso non abroga le leggi dette intermedie, quelle che furono emanate a partire dall'89. Essa enumera le parti dell'antico diritto che sono abrogate: queste sono le *leggi romane*, le *ordinanze*, le *consuetudini* generali o locali, gli *statuti*, i *regolamenti*. Non è punto quistione delle leggi nuove. E vi è per ciò un'eccellente ragione. È alla diversità dell'antico diritto che il legislatore dell'anno XII voleva mettere fine; egli doveva dunque limitarsi ad abrogare il diritto anteriore all'89. Quanto alle leggi intermedie, esse formano un diritto generale: non era mica necessario di abrogarle in massa; bastavano i principî ordinari sull'abrogazione. Da ciò segue che queste leggi non sono abrogate se non quando esse sono contrarie a una disposizione del codice. La Corte di Bruxelles ha dunque molto ben giudicato,

(1) Locré, *Législation civile*, Prolegomeni, cap. IV (t. I, p. 61, 64 e 65).
(2) Sentenza del 7 giugno 1808 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Mariage*).
(3) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 550.

decidendo che le leggi intermedie devono servire a determinare il senso dell'art. 900 del codice Napoleone, quanto alle clausole le quali concernono la libertà del matrimonio (1).

28. Il diritto romano è abrogato. Ciò significa forse che lo studio del diritto romano sia inutile? Se ci mettiamo esclusivamente sotto il punto di vista dell'utilità pratica, si dovrebbe dire che lo studio del diritto romano non è più necessario: noi abbiamo un codice, abbiamo autori e giurisprudenza che lo interpretano. Ciò basta ai bisogni della vita reale. Ma, se si ragionasse così in tutte le cose, che diverrebbe la scienza, che diverrebbe lo sviluppo intellettuale? Di già si domanda: A che pro la lingua greca? Bentosto si domanderà: A che pro la lingua latina? Bisogna essere logici e dire ancora: A che pro lo studio dell'antichità? A che serve qualunque studio che non procura alcun vantaggio immediato? Gli utilitari dimenticano che lo scopo della scienza e dello studio non è già quello di appropriarsi alcune conoscenze necessarie od utili per l'esercizio d'una professione o di una funzione pubblica. Vi è uno scopo ben più alto, vi è lo sviluppo intellettuale, condizione e fondamento dello sviluppo morale. Lo studio, qualunque ne sia l'obbietto, non è che un mezzo per raggiungere questo scopo. Adunque ogni studio è utile, e il più utile è quello che meglio sviluppa le forze dell'intelligenza. A questo titolo non vi ha studio più necessario pel giureconsulto che quello del diritto romano. I difetti medesimi che gli si rimproverano ne fanno un istrumento ammirabile per l'educazione giuridica. Si dice che questo è un diritto che tutto sacrifica alla logica, si deplorano le sue sottigliezze. Ma è precisamente questo rigore di ragionamento il quale forma il senso giuridico, è a questo rigore appunto che bisogna educare le giovani intelligenze. Quanto alle così dette sottigliezze del diritto romano, esse non sono altro che conseguenze rigorose, le quali scaturiscono dai principii. Dopo tutto, le opere dei giureconsulti romani sono i capolavori del diritto, come gli scritti di Platone e di Demostene resteranno sempre i capolavori della filosofia e dell'arte oratoria. E chi oserebbe pronunziare la bestemmia che i capolavori dello spirito umano sono inutili perchè non vengono comperati alla Borsa? In appoggio di ciò che noi diciamo citeremo queste belle parole di Portalis: « Una legislazione civile sta per essere data alla Francia; ma non dovrete creder mai che possiate abbandonare come inutile tutto quello ch'essa non contiene... I filosofi di Roma sono ancora gl'istitutori del genere umano... Roma, dopo aver sottoposto tutta Europa con le sue armi, la civilizzò con le sue leggi » (2).

29. I rapporti del codice Napoleone col diritto anteriore danno luogo ancora ad una quistione della più alta gravità. Si conoscono

(1) Sentenza del 16 maggio 1809 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Dispositions entre vifs*).

(2) PORTALIS, Discorso pronunciato all'Accademia di Legislazione (*Monitern* del 1 frimaio anno XII).

i rimproveri esagerati, ingiusti, che Savigny, l'illustre professore di Berlino, indirizzò all'opera del legislatore francese. Noi non entriamo in questa discussione; essa è esaurita. I fatti han dato torto al capo della scuola storica. Il lavoro di codificazione continuò non ostante i suoi vivi attacchi: una parte dell'Alemagna stessa mantenne i codici francesi, il Belgio li conservò e se ne loda. Vi è nonpertanto una critica di Savigny su cui vale la pena di soffermarsi alquanto. I codici, egli dice, fissano il dritto nello stato in cui esso si trova al momento che lo si codifica; essi l'immobilizzano e lo privano così dei miglioramenti successivi che portano naturalmente i progressi della scienza (1). Se fosse vero che i codici arrestano il progresso del diritto, bisognerebbe affrettarsi a ripudiarli. Ma ciò non è. Il progresso si compie sempre; solamente esso non si opera più, come pel passato, mediante il lavoro dei giureconsulti, ma per mezzo delle Assemblee legislative. Nel Belgio ed in Francia i codici si rivedono o vi si apportano le modificazioni di cui la scienza o la pratica hanno mostrato la necessità. Qui ci imbattiamo nella grave quistione che solleva la codificazione. Una cosa è vera, cioè, che essa muta completamente la posizione dei giureconsulti. Ciò importa che sia constatato, poichè ne risulta una conseguenza importantissima per l'interpretazione del codice civile.

A Roma i giureconsulti erano gli organi del diritto popolare, per servirci dell'espressione di Savigny (2). Il diritto si formava, si sviluppava nella coscienza nazionale; ma non era il legislatore però che interpretava e formulava questo lavoro latente, bensì erano i giureconsulti. Per ciò stesso essi partecipavano alla creazione del diritto. La loro parte non si limitava ad esplicarlo e ad applicarlo ai casi nuovi che si presentavano; essi innovavano, creavano. Vi erano pochissime leggi; i giureconsulti non erano dunque vincolati dal testo; essi godevano di una libertà quasi illimitata. Ciò è tanto vero che non si credevano neppur legati dai principii ch'essi stessi insegnavano. Savigny cita un esempio notevole. Era una massima generalmente riconosciuta che nelle materie eccezionali non si potesse ragionare per via d'analogia; ancor noi diciamo oggigiorno che le eccezioni sono di stretta, di rigorosa interpretazione, e che non si possono estendere da un caso all'altro, anche quando vi sia identità di motivo. Ma ciò non impediva a'giureconsulti romani d'estendere le eccezioni, o, com'essi dicevano, il *diritto singolare*. Poichè essi erano in qualche modo legislatori, potevano per questa ragione creare delle eccezioni (3).

Sotto l'antico regime anche i giureconsulti francesi procedevano molto liberamente. Nei paesi di diritto scritto il diritto romano era piuttosto un diritto tradizionale, anzichè un diritto legislativo. Nei paesi di diritto consuetudinario esso generalmente non aveva che

(1) Savigny, *Trattato di diritto romano*, tradotto in franc. da Guenoux (t. I, p. 45).

(2) Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. I, pag. 31 e seg.

(3) Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. I, pag. 290 e seg.

un'autorità di ragione; quindi la ragione lo poteva discutere, e in caso di necessità discostarsene. Questo è quanto Pothier fa ad ogni istante in nome dell'equità. I nostri antichi legisti modificavano adunque il diritto tradizionale, vale a dire, aiutavano lo sviluppo del diritto e lo creavano. La posizione degli interpreti moderni è ben differente; essi hanno davanti a sè un codice che lega tutti i cittadini ed anche lo stesso potere giudiziario: il magistrato ed il giureconsulto sono vincolati dal testo. Possono essi ancora, in nome dell'equità, correggere una legge che lor sembri troppo rigorosa? No, al certo. Possono mai, per via di ragionamento, estendere le eccezioni? Neppure; perchè così procedendo essi si farebbero legislatori. Ora il legislatore che ha parlato è il solo che può modificare le leggi, il solo che può creare il diritto.

La missione degl'interpreti, sotto i nostri codici, è dunque più modesta di quel che era per lo passato. Essi non sono sempre consci di questa profonda rivoluzione. Quand'essi vedono i giureconsulti romani maneggiare liberamente i principii senz'altra guida, senz'altro vincolo che la ragione o la coscienza generale, si sentono tentati ad imitare il loro esempio. Essi pure sono tentati a fare ciò che faceva Pothier. È questo uno scoglio da cui dobbiamo guardarci. Noi non abbiamo il diritto d'innovare; nè ci è permesso di correggere, di perfezionare i nostri codici. Significa ciò che la nostra posizione sia da meno? significa ciò che il diritto codificato sia condannato all'immobilità? No; l'interprete può e deve segnalare le lacune, le imperfezioni, i difetti della legislazione che è chiamato ad esplicare. E questi lavori preparano il progresso che il legislatore ha la missione di realizzare.

§ 4. Bibliografia.

1. Il diritto antico.

30. Vi è una lacuna nell'insegnamento del diritto nel Belgio ed in Francia; noi non abbiamo un corso di storia del diritto francese. Non insisteremo sull'utilità, sulla necessità dello studio storico del diritto. Il legislatore non crea il diritto, egli si limita a formolarlo. E dove mai lo attinge? Nella coscienza nazionale riflessa dalla tradizione. Il diritto è una delle fasi, e delle più importanti, della vita dei popoli. Si potrebbe comprendere l'umanità moderna se s'ignorasse d'onde ella viene e per quali vie è giunta allo stato in cui noi la vediamo? Così pure è affatto impossibile di comprendere i nostri codici quando s'ignora d'onde procedono, e come il diritto abbia preso la forma che ci regge pel momento. Il diritto attuale procede dal passato. Vuolsi dunque studiare il passato. Noi indicheremo alcune opere che potranno a scelta servire di guida ai giovani avvocati:

LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, 7 vol. Noi deploriamo che la morte abbia impedito all'autore di compire questo bel libro.

WARNKÖNIG, *Französiche Staat-und Rechtsgeschichte* — 2 volumi, 1846, 1848. — Il primo volume comprende l'istoria del diritto pubblico — il secondo l'istoria del diritto privato.

31. Le due grandi fonti del diritto antico sono il diritto romano e le consuetudini. Noi non potremmo citare, anche limitandoci ad una scelta, le numerose opere di diritto romano che han visto la luce ai nostri giorni, e meno ancora gli autori antichi. Ci limiteremo a raccomandare un libro eccellente d'un nostro collega:

NAMUR, *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain,* 1864. Un volume. È imminente una seconda edizione.

È inutile citare Pothier e Domat; tutti conoscono questi nomi. Noi non faremo che una osservazione, la quale ha una certa importanza per la interpretazione del codice civile. Coloro che hanno concorso alla sua redazione hanno attinto la loro conoscenza del diritto romano non nelle fonti, non nei grandi interpreti del secolo XVI, Cuiaccio e Donello, ma esclusivamente negli scritti di Pothier e di Domat. Per l'interpretazione del codice dunque non importa tanto di conoscere la vera dottrina dei giureconsulti romani, quanto di conoscere come Domat e Pothier l'hanno intesa.

32. Le consuetudini formano la parte più importante e più difficile dell'antico diritto, considerato come fonte del codice. Noi citeremo dapprima alcune opere elementari.

GUY COQUILLE, *L'institution du droit français,* Paris 1642, 1 vol. in-8; e le altre opere di COQUILLE, una di quelle menti chiare e precise che fanno onore alla scienza francese.

ARGOU, *L'institution du droit français,* edizione di BOUGHER D'ARGIS, 1672, 1771, 1787, 2 vol. in-12.

LOYSEL, *Les institutes coutumières* con le note di LAURIÈRE, 1783, 2 vol. in-12. Novella edizione di DUPIN e LABOULAYE, Parigi 1846, 2 vol. in-12.

Per l'antico diritto belga noi abbiamo un'opera ch'è un capolavoro:

DEFACOZ, consigliere (oggi presidente) di Cassazione. *Ancien droit belgique,* vol. 1, 1846. Aggiungiamo le nostre istanze a quelle degli amici dell'autore per ispingerlo a pubblicare il secondo volume.

I testi delle antiche consuetudini sono raccolti in parecchie collezioni; la più completa è quella di:

BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier ou corps des coutumes générales et particulières de France,* 8 vol. in-fol.

I commentarii di parecchie consuetudini hanno una grande importanza per lo studio della storia, e anche per l'interpreta-

zione del codice civile. Sono specialmente le consuetudini di Parigi che gli autori han consultato. Esse furono commentate dal più illustre dei giureconsulti francesi, Carlo Desmoulin, a cui si è dato il nome glorioso d'oracolo del diritto consuetudinario. Questo commentario si trova nell'opera seguente:

Caroli Molinaei, *Opera quae extant omnia*, 5 vol. in-folio.

Vi è un altro commentario delle consuetudini di Parigi che merita d'essere consultato:

Claude de Ferrière, *Loys et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris.* Nuova edizione 1714, 4 volumi in-folio. È per modestia che l'autore chiama la sua opera una compilazione: essa contiene degli studii originali.

La modestia, la schiettezza, la serietà e la profondità formano l'attrattiva dei nostri antichi legisti. Ispiriamoci alla loro scienza e alle loro belle qualità. Noi non possiamo citare che i migliori. Cominceremo da qualche monumento del medio evo, di cui raccomandiamo la lettura ai nostri giovani dottori:

Assises de Jerusalem, pubblicate da M. Beugnot, in nome dell'Accademia delle iscrizioni, 2 vol. in-folio, 1841-1846.

Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis,* pubblicati da Beugnot. 2 vol. in-8, 1842. Vedi su Beaumanoir un bello studio di Laboulaye (inserito in una compilazione belga, la *Revue des Revues de droit,* t. III, p. 260 e seg.).

Fra i commentatori più recenti citeremo:

Guy Coquille, *Oeuvres contenantes l'institution du droit français et le commentaire de la coutume du Nivernais*, 2 vol. in-folio.

D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, 1 volume in-folio, 1821.

Bouhier, il presidente, *Oeuvres de jurisprudence*, 2 vol. in-folio, contenenti il Commentario sulle consuetudini del ducato di Borgogna.

Il nome del cancelliere d'Aguesseau è conosciuto in tutto il mondo, ma poco si legge. Noi lo raccomandiamo ai giovani avvocati:

Oeuvres de M. le chancelier d'Aguesseau, 13 vol. in-4.

II. Diritto moderno.

33. Il diritto rivoluzionario meriterebbe uno studio speciale e dettagliato. Noi datiamo dall'89, ciò che si dimentica troppo facilmente. Si ama rimproverare ai legislatori rivoluzionarii le loro esagerazioni, come se la missione terribile delle rivoluzioni non

fosse l'eccesso in tutte le cose. Vi è un piccolo libro che può servir di guida in questa materia.

Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et dès lois de la Révolution française*, 1850, 1 vol. in-12.

34. I lavori preparatorii del codice sonò ora troppo stimati, ora troppo dispregiati. Napoleone già disse che le discussioni del Consiglio di Stato dovevano esser vaghe, poichè non tutti i membri erano giureconsulti. Tronchet, che vi prese una parte attiva, si servì di una parola più dura, egli parlò di *divagazioni* (1); e bisogna confessare che talora ha ragione. Tuttavia sarebbe una evidente ingiustizia generalizzare questi rimproveri. Il codice civile si ammira. Ora, come mai un corpo di leggi, che, sotto molti riguardi, è un capolavoro, sarebbe l'opera di uomini che divagavano? Dopo tutto, qualunque sia il merito dei lavori preparatorii, è, senza dubbio, necessario farne obbietto di serio studio. Essi sono stati pubblicati in due raccolte:

Fenet, *Receuil complet des travaux preparatoires du code civil* 15 vol. in-8, Paris 1827 e 1818.

Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, 31 vol. in-8. I sedici primi volumi si riferiscono al codice civile. Noi citiamo quest'opera, perchè è la più diffusa nel Belgio, ove è stata ristampata; essa è meno completa di quella di Fenet, perchè non comprende le osservazioni dei tribunali.

35. Le opere sul codice comprendono o tutto il diritto francese, ovvero l'uno o l'altro titolo. Noi citeremo queste ultime nel trattare la materia che concernono. Fra i trattati generali bisogna distinguere le Enciclopedie o Repertorii. Ve ne son due che passano per le mani di tutti:

Merlin, *Rèpertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4.ª ediz. in-4, 18 vol. Paris 1827-1830, e 5.ª ediz. pubblicata a Bruxelles dall'autore, in-8, 36 vol. Bisogna aggiungervi le *Recueil alphabétique des questions du droit*, 4.ª ediz., 8 vol. in-4, e 5.ª ediz., 16 vol. in-8.

Le Enciclopedie hanno ordinariamente poco valore scientifico, ma le *Raccolte* di Merlin fanno eccezione; esse conserveranno sempre una grande autorità, perchè l'autore è uno dei più grandi giureconsulti della Francia.

Dalloz, *Répertoire métodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, nuova edizione, 48 vol. in-4.

Per la dottrina è questa una compilazione fatta talvolta con

---

(1) Locré, *Legislation civile*, Prolegomeni, cap. VI, t. I, p. 48 e 49.

molta leggerezza. Se noi vi ci riportiamo sovente, gli è per evitare le troppo lunghe citazioni d'autori e di sentenze.

36. I trattati sul codice sono o elementari o più o meno approfonditi. Noi non citiamo che i migliori:

ZACHARIÆ, *Cours de droit civil français*, tradotto da AUBRY e RAU, opera eccellente, alla quale aggiungono un nuovo pregio le note dei traduttori.
MOURLON, *Répétition sur le code civil*, 3 vol. in-8.

Tutti conoscono le opere di Toullier e di Duranton. Quella di Toullier è stata continuata da Duvergier e da Troplong. Inoltre Duvergier ne ha fatto una nuova edizione con note. Marcadé va per le mani di tutti gli alunni; egli è un autore assai ineguale, assai sentenzioso e assai presuntuoso. L'opera di Demolombe è in corso di pubblicazione: di già son venuti alla luce 25 volumi; essi sono stati ristampati nel Belgio in 12 volumi; l'ultimo dà principio alla materia delle obbligazioni.

Noi non abbiamo detto nulla delle raccolte di giurisprudenza: tutti conoscono Sirey e Dalloz. La raccolta di giurisprudenza del Belgio porta il titolo di *Pasicrisie*.

TITOLO PRELIMINARE.

PRINCIPII GENERALI SULLE LEGGI.

CAPITOLO PRIMO.

DELLA SANZIONE, PROMULGAZIONE E PUBBLICAZIONE DELLE LEGGI.

§ 1. — *Definizione.*

1. Il titolo preliminare tratta della *pubblicazione*, degli *effetti* e dell'*applicazione delle leggi in generale*. Quando questo titolo fu sottoposto alle deliberazioni del Tribunato, la Commissione incaricata di esaminarlo criticò la classificazione ammessa dagli autori del codice. I princípii generali sulle leggi, disse il relatore, non riguardano solamente il codice civile, ma anche tutti gli altri codici; queste regole dovrebbero essere adunque l'obbietto d'una legge speciale (1). L'osservazione è giusta. Essa era stata già fatta al Consiglio di Stato da Roederer. Se, ciò non ostante, il titolo fu conservato, si è perchè il difetto che gli si rimproverava era di poca importanza. Noi diremo con Tronchet che non è certo un grande inconveniente il mettere in testa al codice civile alcune disposizioni relative alle leggi in generale, poichè questo codice è come il peristilio della legislazione francese (2).

2. Il codice non definì la legge. È questo un punto di dottrina che il legislatore lasciò alla scuola. Si può dire con Portalis che « la legge è una dichiarazione solenne della volontà del sovrano sopra un oggetto d'interesse comune ». Bisogna aggiungere « e di regime interno », al fine di distinguere la legge dal trattato. Secondo la Costituzione belga i trattati si fanno dal re; ma ve ne sono di quelli che debbono ricevere l'approvazione dalle Camere, quali i trattati di commercio, e quelli che gravano l'erario o che vincolano i cittadini (3). L'approvazione

---

(1) Rapporto fatto al tribunato da ANDRIEUX, nella seduta del 12 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, n. 238).
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 6 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, p. 225).
(3) Costituzione belga, art. 68.

data dalle Camere non è mica una legge. Essa è il consenso della nazione, espresso per mezzo dei suoi rappresentanti, poichè i trattati sono convenzioni, le quali, come i contratti dei privati, si fanno col concorso del consenso, mentre la legge comanda in nome della sovranità nazionale.

3. Non bisogna confondere la *legge* col *diritto*. Portalis dice che « il diritto è la ragione universale, la ragione suprema, fondata sulla natura stessa delle cose ». Ciò è troppo vago: la definizione potrebbe applicarsi tanto alla filosofia quanto al diritto. L'oggetto del diritto è identico con l'oggetto della legge, che è quello di stabilire le regole giuridiche per gli individui e per le nazioni. Si dice che le regole del diritto sono obbligatorie, nel senso che sono suscettibili d'una esecuzione forzata. In ciò esse differiscono dalle regole morali che escludono la coercizione. I doveri che la morale prescrive non hanno alcun effetto in diritto; essi non hanno altra sanzione che quella della coscienza.

4. Il diritto è anteriore alla legge; esso è fondato sulla natura dell'uomo e delle civili società. Bisogna negare che l'uomo sia un essere spirituale per negare l'esistenza d'un diritto indipendente dalla legge. Opponiamo ai materialisti ed ai positivisti queste belle parole di Montesquieu: « Dire che non v'abbia null'altro di giusto o di ingiusto, all'infuori di quello che ordinano o proibiscono le leggi positive, è lo stesso che dire che prima d'aver tracciato un circolo tutti i raggi non erano eguali ». Bisogna negare Dio per negare che vi sia un diritto scolpito nelle nostre coscienze da Colui che vive in noi e per Cui noi viviamo. Che se si nega poi e Dio e l'anima, l'uomo non è nulla più di un bruto, la legge non è nulla più di una catena per contenerlo e domarlo. E ci sorprendono coloro che, dopo aver degradato l'uomo sino a farne un animale od una pianta, si prendono poi la pena di occuparsi del destino d'un essere che vive un istante per ricadere nel nulla donde è uscito.

5. Vi è un diritto eterno, espressione della giustizia assoluta. Questo diritto si rivela alla coscienza umana, a misura che l'uomo s'avvicina alla perfezione divina. Il diritto è progressivo come tutte le manifestazioni dello spirito umano. Esso tende instancabilmente a realizzare la verità assoluta. È un dovere pel legislatore di seguire i progressi che si compiono nella coscienza universale. È un dovere pel giureconsulto di preparare questi progressi. Non già che egli possa sostituire i suoi concetti a quelli del legislatore: la sua missione è d'interpretare la legge e non di farla. Quando l'interprete sostituisce il suo pensiero a quello della legge, esso la viola. Ma ei può e deve segnalarne i difetti, affinchè la legge divenga l'espressione del diritto eterno, per quanto l'imperfezione umana può ambire di giungere alla perfezione.

§ 2. — *Delle sanzione e della promulgazione.*

6. Il codice non parla della *sanzione*. Sotto l'impero della Costituzione dell'anno VIII non vi era sanzione. Il Governo proponeva la legge, il Tribunato la discuteva, il Corpo legislativo la votava, il Senato conservatore l'annullava, se era incostituzionale. La legge adunque esisteva ed era perfetta pel voto del Corpo legislativo, se non v'era ricorso per causa d'incostituzionalità, o se il ricorso veniva rigettato. Giusta la nostra Costituzione il re sanziona le leggi (art. 69). La legge adunque non esiste se non quando essa è sanzionata. Se anche il re proponesse una legge e le Camere l'adottassero senza mutamenti, le occorrerebbe sempre la sanzione perchè la legge fosse perfetta. La sanzione è un elemento essenziale dell'esistenza della legge.

7. Una legge del 28 febbraio 1845 prescrisse la forma in cui il re deve dare la sua sanzione. L'art. 1 porta: « La sanzione si darà nel seguente modo: « Leopoldo, re dei Belgi, a tutti i presenti e futuri salute. Le Camere hanno adottato e noi sanzioniamo quanto segue ». Questa formola è posta in testa alle leggi al momento della loro pubblicazione per mezzo del *Monitore*. La sanzione è dunque resa pubblica. Questa pubblicità è richiesta per dare una data certa alla legge. La legge esiste dal momento che è sanzionata; essa dunque ha la data a partire dalla sanzione. Così decise un parere del Consiglio di Stato del 5 pluviale anno VIII (1). Ma importa ai cittadini che la sanzione sia resa pubblica, perchè sappiano se la legge esiste. Questa è la ragione per cui la legge del 1845 ha ordinato che la sanzione si faccia contemporaneamente alla pubblicazione.

8. L'articolo della nostra Costituzione, che dà al re il diritto di *sanzione*, dice anche che il re *promulga* le leggi, e l'art. 129 porta: « niuna legge è obbligatoria se non dopo essere stata *pubblicata* nella forma dalla legge determinata ». Risulta da ciò che la *sanzione*, la *promulgazioue* e la *pubblicazione* della legge sono atti diversi in virtù del nostro diritto costituzionale. La Costituzione non definisce la *promulgazione*. A termini della legge del 28 febbraio 1845 la *promulgazione* consiste nella formula seguente posta alla fine delle leggi, al momento della loro inserzione nel *Monitore:* « Promulghiamo la presente legge, ordiniamo che essa sia munita del sigillo dello Stato e pubblicata per mezzo del *Monitore* ». La legge del 1865 ripete la parola *promulgare* senza definirla. Da ciò una certa indeterminatezza che confonde atti molto distinti fra di loro, la *promulgazione* e la *pubblicazione*. Nel linguaggio volgare questi due termini hanno il medesimo significato, ed il *Dizionario dell'Accademia* consacra in qualche modo questa confusione d'idee. Ivi si legge che *promulgare* vuol dire « *pubblicare* una legge colle forme richieste per renderla *esecutoria* ». Se la *promulgazione* fosse la *pub-*

(1) Locré, t. I, p. 321; Dalloz, alla parola *Lois*, n. 124, t. XXX, p. 72.

blicazione, la legge sarebbe più che *esecutoria*, essa sarebbe addirittura *obbligatoria*. L'Accademia mostra di credere che la parola *esecutoria* voglia dire *obbligatoria*, poichè essa adduce quest'esempio: « non si può allegare la causa d'ignoranza d'una legge che è stata *promulgata* ». Non lo si può, al contrario, fino a che non è stata pubblicata. Bisogna dunque precisare il senso che ha in diritto la parola *promulgazione*: essa ha un senso tecnico differente dal senso volgare.

9. La parola *promulgare* viene dal latino *promulgare*, che significa pubblicare, render pubblico. In diritto romano non si distingueva la promulgazione dalla pubblicazione; era un solo e medesimo atto che rendeva la legge obbligatoria (1). Era lo stesso, secondo Merlin, nell'antico diritto francese (2). La distinzione della promulgazione e della pubblicazione comincia colla rivoluzione, cioè col regime costituzionale. Un decreto del 9 novêmbre 1789 regola le forme con cui deve farsi la *promulgazione*, e determina il modo della *pubblicazione* delle leggi. Giusta questo decreto la *promulgazione* era un atto solenne, pel quale il re attestava al corpo sociale l'esistenza della legge, ed ordinava ai tribunali ed ai corpi amministrativi di pubblicarla ed eseguirla. Al fine di imprimere un carattere autentico a questa solennità il re firmava la legge, i ministri la controfirmavano, e inoltre vi si apponeva il sigillo dello Stato. La promulgazione era seguita dalla *pubblicazione*, modo prescritto dal legislatore onde far pervenire la legge alla conoscenza di tutti i cittadini.

10. La distinzione era nuova, e trovò difficoltà ad entrare nel linguaggio giuridico. Una legge del 14 frimaio anno II, decretò nell'art. 149: « che la *promulgazione* della legge fosse fatta dovunque nelle ventiquattro ore dalla ricezione, pubblicandola a suono di tromba e di tamburo, e che la legge divenisse *obbligatoria* a partire dalla proclamazione ». Questa legge ritornava al sistema romano: *promulgare, pubblicare, proclamare* costituivano un solo e medesimo atto, avente per obbietto di rendere la legge *obbligatoria*. La Costituzione dell'anno III ristabilì la distinzione; ma, cosa singolare, negli articoli stessi che la consacravano il legislatore confondeva i termini: l'art. 128 chiama *pubblicare* ciò che l'art. 129 dice *promulgare* (3). Ciò spiega come la distinzione e la confusione si conservarono sotto l'impero della Costituzione dell'anno VIII e del codice civile.

11. La Costituzione dell'anno VIII portava, somigliantemente alla Costituzione belga, che il capo dello Stato *promulga* le leggi. Un senatoconsulto del 28 fiorile anno XII regolò le forme della promulgazione e della pubblicazione. Il titolo preliminare del co-

(1) VOET, *ad Pandectas* lib. I, tit. III, n. 9 e 10.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 4, n. I.
(3) Costituzione del 5 fruttidoro anno III, art. 128: « Il Direttorio esecutivo fa suggellare e *pubblicare* le leggi nei due giorni dopo la loro ricezione ». E l'art. 129 dice: « Esso fa suggellare e *promulgare* le leggi che sono preceduto da un decreto d'urgenza »

dice civile consacra la medesima distinzione. Intanto i redattori del codice confondono ad ogni istante la *promulgazione* e la *pubblicazione*. Boulay, oratore del Governo, dice che le tre parole, *promulgare, pubblicare* e *proclamare* hanno il medesimo senso. Abbiamo, letteralmente, la confusione dell'anno II (1). Una mente più sagace, Portalis, comincia a definire chiaramente la promulgazione: « Essa è il mezzo, egli dice, di constatare l'*esistenza della legge* presso il popolo, essa è l'*edizione solenne* della legge ». Dopo ciò, egli aggiunge che la promulgazione *obbliga il popolo all'osservanza della legge*, che essa la rende *obbligatoria*. Infine egli ritorna alla terminologia del codice, e dichiara che le leggi sono *esecutorie* in virtù della *promulgazione*. Portalis dà evidentemente lo stesso senso alla pubblicazione ed alla promulgazione, e identifica la forza *esecutoria* e la forza *obbligatoria* della legge (2).

12. Non bisogna dunque meravigliarsi se rimane qualche incertezza nella dottrina degli autori. Duranton confonde la *promulgazione* e la *pubblicazione* (3). Merlin stabilisce i veri principii: « La promulgazione, egli dice, è l'atto per cui il capo dello Stato attesta al corpo sociale l'esistenza della legge e ne ordina l'esecuzione » (4). È inutile di insistere su questo punto, poichè la distinzione è consacrata dal testo della nostra Costituzione. Essa è pure implicitamente consacrata dall'articolo primo del codice civile, a termini del quale le leggi sono *esecutorie* in virtù della promulgazione. Che significa la parola *esecutoria?* La legge promulgata è esecutoria nel senso che può essere eseguita. Fintantochè la promulgazione non è fatta, l'esecuzione della legge è impossibile, poichè essa non ha il carattere esteriore, autentico, che solo la rende suscettibile d'esecuzione. È vero che la legge esiste dal momento ch'è sanzionata, ma non basta ch'essa esista, è d'uopo ancora che questa esistenza sia certa, incontestabile: tale è lo scopo e l'effetto della promulgazione. In questo senso la legge diviene *esecutoria*.

13. La parola *esecutoria* offre ancora un altro senso, cioè che la legge promulgata ha tutti i caratteri richiesti per poter essere eseguita. Non occorre più alcun'altra formalità. Non era così sotto l'antico regime. Portalis dice che la legge non era esecutoria, nelle giurisdizioni dei diversi Parlamenti, se non dopo essere stata verificata e registrata. La verificazione era un esame, una discussione della nuova legge. La registrazione era la trascrizione della legge verificata sui registri (5). Così

(1) Discorso di Boulay nella seduta del Corpo legislativo del 24 frimaio anno X (Locré, t. I, p. 277).

(2) Discorso di Portalis, oratore del Governo, nella seduta del Corpo legislativo del 23 frimaio anno X (Locré, t. I, p. 256); *Seconda Esposizione dei motivi* del 4 ventoso anno XI (Locré, t. I, p. 301).

(3) Duranton, titolo preliminare 45.

(4) Merlin, alla parola *Loi*, § 5, n. 6 (t. XVIII, p. 412).

(5) Portalis, *Seconda Esposizione dei motivi* (Locré, t. I, p. 300). Confrontisi il rapporto fatto al Tribunato da Grenier (Locré, t. I, p. 311).

la registrazione faceva le veci della promulgazione. Ma i Parlamenti si avevano arrogato il dirit o di rifiutare la registrazione, e quantunque questa pretensione non fosse stata giammai riconosciuta in modo assoluto (1), tuttavia ne risultò di fatto che non bastava la volontà reale per rendere la legge esecutoria; occorreva ancora il concorso del Parlamento, e questo concorso i Parlamenti lo rifiutavano quando la monarchia era debole. Il regime costituzionale stabilito dall'Assemblea nazionale pose fine a questa confusione di poteri. Oggidì la legge è esecutoria in virtù della promulgazione che ne fa il re.

14. Sotto l'antico regime avveniva che i Parlamenti rifiutassero di registrare una legge. Anche il re potrebbe non promulgare una legge? No, evidentemente. Il re è libero di non sanzionare la legge, come le Camere sono libere di non adottarla. Come partecipe del potere legislativo, il re sanziona le leggi; come capo del potere esecutivo le promulga. Infatti la legge esiste pel fatto della sanzione; da quel momento l'opera del potere legislativo è esaurita e comincia la missione del potere esecutivo. La promulgazione è un atto obbligatorio, come tutto ciò che concerne l'esecuzione delle leggi. Il re può non sanzionare la legge; ma, dal momento che ha data la sua sanzione, la deve promulgare.

15. La promulgazione ha un secondo effetto, quello cioè che il capo del potere esecutivo ordina alle autorità giudiziarie e amministrative d'eseguir la legge. Ciò vien detto espressamente nelle formole di promulgazione usate dopo la Rivoluzione. Il decreto del 9 novembre 1789 porta: « Comandiamo ed ordiniamo a tutti i tribunali, corpi amministrativi e municipalità, che le presenti si facciano trascrivere sui loro registri, ed eseguire come legge del regno ». Questa formola si trovava pure nella legge belga del 19 settembre 1831; non è riprodotta in quella del 28 febbraio 1845. Il ministro di giustizia, D'Anethan, dice con ragione, nella discussione di quest'ultima legge, che il dovere d'eseguire la legge non riguarda solamente le autorità giudiziarie ed amministrative, ma ancora i cittadini. È d'uopo che quest'ordine sia dato nell'atto di promulgazione? No, poichè la legge dev'essere eseguita solo perchè esiste, purchè sia stata promulgata e pubblicata; è dunque inutile ordinare un'esecuzione che dev'essere compiuta di diritto (2). Ciò è giustissimo. Solamente bisogna notare, che, se l'ordine d'eseguire la legge è inutile sotto il nostro regime costituzionale, non era lo stesso nell'89, allorquando il legislatore si trovava di fronte ad autorità giudiziarie che reclamavano come una prerogativa il potere di registrare le leggi, e che rifiutavano di applicarle finchè la registrazione non era eseguita.

---

(1) Vedi sopra, Introduzione n. 5.
(2) Seduta del 17 gennaio 1845 (*Annales parlementaires*, 1841-1845, p. 517 e seg.).

§ 3. *Della pubblicazione delle leggi.*

16. La Costituzione belga (art. 129) porta che le leggi non sono obbligatorie se non dopo d'essere state pubblicate nella forma legale. Che cosa è la pubblicazione? Merlin risponde ch'è il modo il quale dev'essere adoperato per fare pervenire la legge alla conoscenza di tutti i cittadini » (1). Tale è in sostanza il senso volgare della parola *pubblicare,* che significa render pubblico. Il legislatore per lungo tempo ha preso in questo senso la pubblicazione, e si è ingegnato di trovare un modo di pubblicità che faccia conoscere la legge a tutti coloro ch'essa obbliga. Ma ha finito per accorgersi che tutti questi mezzi erano inefficaci, e si è contentato d'una presunzione di pubblicità. Questo è il sistema del codice civile e della legge belga del 28 febbraio 1845. In quest'ordine d'idee non si può più dire che la pubblicazione abbia per iscopo e per effetto di portar la legge alla conoscenza di tutti i cittadini. Si deve dire con Portalis che « la pubblicazione non ha tanto per oggetto di far conoscere la legge quanto di fissare un'epoca in cui essa sarà reputata conosciuta » (2). Bisogna dunque distinguere la pubblicazione legale dalla pubblicazione di fatto. La pubblicazione legale fissa il momento in cui la legge si reputa conosciuta, e in conseguenza obbligatoria. La pubblicazione di fatto consiste nella *pubblicità* ch'è data alla legge.

17. Senza dubbio sarebbe a desiderarsi che la pubblicazione legale fosse anche una pubblicità di fatto. E invero la pubblicazione legale rende la legge obbligatoria, ed importa che la legge sia conosciuta dai cittadini prima che ve li costringa. Sarebbe una assurdità ed insieme una tirannia l'imporre ai cittadini delle regole, dei divieti o dei comandi ch'essi ignorano. Gli è per impedire questo abuso di potere che la Costituzione belga ha prescritta la pubblicazione come una guarentigia politica. Ma è possibile di far conoscere la legge a tutti i cittadini? Bisognerebbe a tale effetto notificarla a ciascun individuo. Ciò è fisicamente impossibile, dice Portalis (3). Bisogna dunque contentarsi d'una notificazione indirizzata a tutti in una volta. Da questo momento si entra necessariamente nella via delle presunzioni, poichè una notificazione collettiva non può certo portar la legge alla conoscenza di tutti coloro che essa obbliga.

18. La legge del 9 novembre 1789 ordinava di spedire le leggi a tutti i tribunali, corpi amministrativi e municipalità; poi aggiungeva: « La trascrizione sui registri, la lettura, la pubblicazione e l'affissione saranno fatte senza dilazione, non appena le leggi saranno pervenute ai tribunali, corpi amministrativi e municipalità; e saranno poste in esecuzione nella giurisdizione di ciascun tribunale,

(1) Merlin, *Répertoire,* alla parola *Loi,* § 4, n. 1.
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 4 fruttidoro anno IX (Locré, t. I, p 233).
(3) Discorso di Portalis, oratore del Governo, nella seduta del Corpo legislativo del 23 frimaio anno X (Locré, t. I, p. 250 e seg.).

dal giorno in cui queste formalità saranno state adempiute ». Si vede che il legislatore accumula tutti i mezzi per rendere pubblica la legge, lettura, affissione e pubblicazione, a suon di tromba senza dubbio. Ma chi non vede che questo sistema era difettoso, e come pubblicità di fatto e come pubblicazione legale? La lettura all'udienza non s'indirizza che ad alcuni pochi uditori; le affissioni suppongono che tutti i cittadini sappiano leggere, e, dopo un secolo decorso dalla Rivoluzione, la supposizione non è ancora che un desiderio. La pubblicazione a suon di tromba ordinariamente non attira che i monelli. Questo modo di pubblicità presentava ancora maggiori inconvenienti come sistema di pubblicazione legale. Le leggi divenivano obbligatorie dopo la lettura e l'affissione, quando nulla guarentiva l'adempimento di queste formalità. Se le letture non erano fatte nè le affissioni apposte, le leggi non obbligavano i cittadini: la loro forza obbligatoria dipendeva adunque dalla buona o cattiva volontà dei giudici e degli amministratori. « E non si dee certo, dice Portalis, abbandonar la legge al capriccio degli uomini. Immagine dell'ordine eterno, essa deve, per così dire, bastare a sè stessa » (1).

19. Gli autori del codice civile, e dopo di essi il legislatore belga, hanno surrogato alla pubblicità di fatto la presunzione di pubblicità. Dopo un periodo di dieci giorni dalla promulgazione la legge è reputata conosciuta. Perchè la presunzione dia una data certa alla pubblicazione, vale a dire perchè tutti i cittadini sappiano in una maniera precisa e facile da qual giorno la legge è obbligatoria, è necessario un punto di partenza fisso e che tutti possano facilmente conoscere. Questo giorno è quello dell'inserzione delle leggi nel *Monitore*, giornale ufficiale. « Le leggi, dice l'articolo 2 della legge 28 febbraio 1845, immediatamente dopo la loro promulgazione, saranno inserite nel *Monitore* ». Il decimo giorno dopo quello della loro inserzione nel *Monitore* le leggi divengono obbligatorie.

20. Il sistema belga ha il vantaggio di far conoscere senza difficoltà, senza calcoli, il giorno in cui le leggi divengono obbligatorie. il *Monitore* si pubblica tutti i giorni, dimodochè la data dell'inserzione è certa. È per questo motivo che la legge del 1845 ha sostituito al *Bullettino Ufficiale* il *Monitore*. Il *Bullettino* non si pubblica tutti i giorni, nè a giorni fissi; esso non offre adunque la certezza di data che presenta un giornale. È impossibile di contestare la data dell'inserzione nel *Monitore*, poichè non si può mettere un'antidata ad un giornale che esce tutti i giorni. Il sistema belga ha pure un altro vantaggio che non ha il codice Napoleone. Secondo questo codice le leggi divengono obbligatorie in ciascun dipartimento il giorno in cui la pubblicazione può essere conosciuta; ma questo giorno varia per i diversi dipartimenti. La legge belga ha stabilito un termine fisso di dieci giorni per tutto il Regno. Ciò è più conforme alla natura della

(1) PORTALIS, *Seconda Esposizione dei motivi* (LOCRÈ, t. 1, p. 302)

legge. Dappoichè essa obbliga egualmente tutti i cittadini, non è egli necessario che li costringa tutti nel medesimo momento? Il codice Napoleone inoltre aveva l'inconveniente di complicare i calcoli: bisognava consultare la tabella delle distanze che esistono fra Parigi e il capoluogo di ciascun dipartimento. Un termine unico non esige alcun calcolo.

Il giorno dell'inserzione non si conta: le leggi sono obbligatorie il decimo giorno *dopo* quello della *pubblicazione*, intendendosi qui per *pubblicazione* l'inserzione nel *Monitore*. Il termine è inesatto; equivale a dire che la pubblicazione legale esiste il decimo giorno dopo quello della pubblicazione di fatto. Il decimo giorno non deve esser decorso, poichè, secondo il testo, le leggi sono di già obbligatorie nel decimo giorno.

21. Un termine uniforme presenta un inconveniente, cioè che esso deve essere assai lungo perchè la presunzione di pubblicità non sia contraria alla realtà delle cose. Risulta da ciò, diceva Napoleone nel Consiglio di Stato, che l'esecuzione delle leggi potrebbe essere ritardata, sopratutto nei dipartimenti ove qualche volta maggiormente importa che esse sieno tosto eseguite, vale a dire a Parigi. Portalis rispose che si potrebbe dichiarare il caso in cui sarebbe essenziale che una nuova legge fosse senza dilazione eseguita a Parigi e nei dipartimenti circostanti (1). Ciò è quanto dice la nostra legge del 28 febbraio 1845. Dipende dal legislatore di fissare un termine più breve.

22. Il sistema che fonda la pubblicazione sopra una presunzione fu combattuto dapprima nel Tribunato. Non si contestava l'impossibilità di dare a tutti i cittadini una personale conoscenza della legge; ma i tribuni volevano che si cercassero dei mezzi onde dar loro questa conoscenza (2). Si potrebbe fare il medesimo rimprovero alla legge belga: bisogna conoscere il giorno dell'inserzione nel *Monitore* per sapere quando la legge diviene obbligatoria. E chi legge il *Monitore?* Portalis ha già risposto a queste critiche, che vi è una pubblicità di fatto oltre alla pubblicazione legale (3). Sotto il nostro regime costituzionale ciò è più vero ancora che sotto l'impero della Costituzione dell'anno VIII. La pubblicità è l'anima del nostro regime; essa accompagna la legge dalla sua nascita sino al momento in cui diviene obbligatoria. Dopo che un progetto di legge è presentato alle Camere, i giornali lo riproducono. La discussione è pubblica, e i giornali ne rendono conto. Quando la legge è inserita nel *Monitore*, i giornali l'annunziano ai loro lettori, e la pubblicano per quanto poco loro interessi. Ciò suppone che i giornali hanno dei lettori che si occupano di affari pubblici. Perciò v'è bisogno di un certo grado di coltura intellettuale e del suffragio universale. Diffondiamo largamente l'istruzione e l'educazione,

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, p. 220 e seg.).
(2) Discorso del tribuno ANDRIEUX al Corpo legislativo (LOCRÉ, t. I, p. 24().
(3) PORTALIS, al Consiglio di Stato (LOCRÉ, t. I, p. 220).

al fine di preparare la classe più numerosa all'esercizio dei diritti politici, i quali non potranno esserle rifiutati il giorno che sarà capace di fruirne. Solamente allora potrà essere adempiuto il voto del Tribunato, e si potrà dire che i cittadini sono legati da leggi che han potuto e dovuto conoscere.

23. Qual'è l'effetto della pubblicazione? La nostra Costituzione dice che le leggi non sono *obbligatorie* se non dopo essere state pubblicate nella forma legale. Le leggi sono *esecutorie* in virtù della promulgazione, esse non divengono *obbligatorie* che per la pubblicazione. Una legge non pubblicata nella forma dalle leggi determinata, nel momento in cui è emanata, non obbliga punto i cittadini. La Corte di cassazione ha deciso, in applicazione di questo principio, che le leggi francesi non possono essere eseguite in un paese annesso dove non sono state pubblicate (1). Ma segue anche dal nostro principio che le leggi obbligano i cittadini dal momento che esse sono pubblicate, anche quando di fatto non le conoscessero. « È la medesima cosa, dice Portalis, il conoscere realmente una legge o l'aver potuto o dovuto conoscerla » (2). Dal momento che la legge è pubblicata si presume che sia conosciuta; in conseguenza obbliga i cittadini. Essi non possono sottrarsi agli obblighi che la legge impone, sostenendo d'ignorarne l'esistenza; la presunzione che essi la conoscano è assoluta e non ammette prova contraria. Ciò risulta dall'essenza stessa della pubblicazione. La legge è obbligatoria dal momento ch'è pubblicata. Ora, se i cittadini potessero allegare l'ignoranza della legge, non si potrebbe dire che le leggi sono obbligatorie solo per essere state legalmente pubblicate; bisognerebbe dire che esse non obbligano i cittadini se non quando questi le conoscano, il che porterebbe alla conseguenza che le leggi, quantunque obbligatorie, non obbligherebbero punto.

24. In questo senso si può dire con Portalis che l'ignoranza del diritto non scusa. Ma questa regola non è assoluta; essa non significa che non si possa giammai invocare l'errore di diritto. Per determinare il vero senso della presunzione, che la legge pubblicata reputasi conosciuta, bisogna darsi ragione dei motivi sui quali essa è fondata. Le leggi, per la loro essenza, obbligano tutti i cittadini: non vi sarebbe società possibile, se le leggi non avessero una forza obbligatoria indipendente dall'ignoranza, dal capriccio o dalla cattiva volontà di coloro che esse obbligano. Ciò implica che la nostra presunzione è fondata sopra un interesse sociale. Dal momento che vi ha un interesse sociale in causa, i cittadini non possono accampare il pretesto del-

(1) Decisione del 14 germinale anno VII (Dalloz, *Répertoire*, t. XXX, p. 72, nota 4). Confronta decisione della Corte di cassazione del Belgio del 26 novembre 1835 (*Recueil des arrêts des Cours de Belgique*, 1836, part. I, pagina 209) che decide, il parere del Consiglio del 25 febbraio 1765 non essere obbligatorio nel Belgio, perchè non vi è stato pubblicato.

(2) Discorso di Portalis, oratore del Governo, al Corpo legislativo (Locré, t. I, pag. 257).

l'ignoranza della legge. Ma se la legge è d'interesse privato, se si tratta di rapporti fra privati, non si può più dire di reputare che questi conoscano la legge e che l'ignoranza di diritto non li scusi punto. È in questo senso che la massima è stata pur applicata dalla giurisprudenza. La Corte di cassazione ha deciso che l'ignoranza della legge non può fare esentare un cittadino dalle pene pronunziate per contravvenzione al servizio della Guardia nazionale (1). Ma, in materia di contratti, si ammette che le parti possano invocare tanto l'errore di diritto quanto l'errore di fatto.

25. La dottrina che noi abbiamo esposta sull'effetto della pubblicazione è consacrata implicitamente dall'articolo 1.° del codice civile. Esso non pronunzia la parola *pubblicazione*, ma porta che le leggi *saranno eseguite* in ciascuna parte dell'impero dal momento in cui la loro promulgazione potrà essere conosciuta; poi dice « quando la promulgazione sarà *reputata* conosciuta ». Le leggi *saranno eseguite:* ciò significa che esse debbono esserlo, poichè il legislatore si esprime in termini imperativi; esse sono dunque *obbligatorie.* A partire da qual momento? Non dal momento in cui sono conosciute, ma dal momento in cui *potranno essere conosciute*, in cui saranno *reputate conosciute.* Le leggi sono adunque obbligatorie in virtù di una presunzione legale, presunzione che per sua essenza non ammette la prova contraria.

26. Ma se le leggi non obbligano i cittadini che dopo essere state pubblicate, non possono questi giovarsene dal momento che esistono, vale a dire dal momento che sono state promulgate? Merlin e, dopo di lui, Dalloz agitano lungamente la questione, entrando in una moltitudine di distinzioni. A noi sembra che essa si riduca a termini semplicissimi. La legge promulgata esiste, è vero; essa è *esecutoria,* dice il codice civile, ma ciò non vuol dire che possa essere eseguita allorchè tale è il beneplacito di un privato; ciò significa che l'esistenza della legge è autentica, che essa ha tutti i caratteri richiesti per poter essere eseguita. Val ciò quanto dire che i cittadini possano, da questo momento, farla eseguire, se vi trovano un interesse? È certo che non si può esigere da essi che l'eseguano; poichè le leggi promulgate non sono ancora *obbligatorie.* Se dunque si permettesse loro d'invocare la legge promulgata, inquantochè questa dà loro un diritto o procura un vantaggio, si arriverebbe a questa assurda conseguenza, che una legge sarebbe eseguita in parte secondo le convenienze dei privati. Essi si guarderebbero bene dall'eseguirla in quelle disposizioni le quali impongono loro degli obblighi, e nondimeno ne reclamerebbero i beneficii. Si può mai comprendere che una legge sia legge per una parte e non lo sia per un'altra? La legge è un atto indivisibile, essa è legge in tutto; tutte le sue disposizioni debbono avere la medesima au-

(1) Sentenza del 13 maggio 1832 (DALLOZ, *Répertoire*, t. XXX. p. 73, alla parola *Lois*, n. 130)

torità. A dire il vero, la legge promulgata, ma non pubblicata, non ha ancora autorità; non può dunque ricevere esecuzione, nè parziale, nè totale. La dottrina contraria è in opposizione con l'essenza medesima della legge. La legge s'indirizza a tutti; è impossibile che essa regga gli uni e non regga gli altri; finchè non regge tutti i cittadini essa non regge alcuno. Ora, nella dottrina che noi combattiamo, la legge sarebbe una legge per coloro, i quali, per interesse o per capriccio, vorrebbero giovarsene, e non sarebbe una legge per gli altri. Ciò è inammissibile.

27. Se noi insistiamo sopra una quistione, la cui soluzione non dovrebbe essere dubbia, egli è perchè l'opinione contraria è stata sostenuta nel Consiglio di Stato: « La promulgazione, dicevano Portalis e Cambacérès, rendendo la legge autentica e conferendole tutta la sua virtù e tutti i suoi caratteri indipendentemente dalla sua pubblicazione, sarebbe ingiusto di privare della facoltà d'usarne coloro che la conoscono, quantunque solamente per via della pubblicità di fatto ». « Anche i tribunali, aggiungeva il ministro di giustizia, ammettono gli atti nei quali le parti dichiarano che esse stipulano giusta una legge promulgata e non ancora pubblicata » (1). Stando a queste parole si crederebbe che si tratti di una dottrina certa, incontestabile, e che la giurisprudenza sia d'accordo con gli autori. Ciò prova come sia pericoloso giovarsi delle discussioni del Consiglio di Stato. Lungi dall'essere certa, l'opinione emessa dai membri del Consiglio è erronea. Merlin e Dalloz lo confessano. Dopo aver discusso tutti i casi che possono presentarsi, essi non trovano che una sola ipotesi in cui la dottrina degli autori del codice possa ricevere la sua applicazione, cioè quando si tratti di leggi che sono puramente di interesse privato; tali sono le leggi che regolano i contratti. È di massima che il legislatore, pur formulando delle regole in questa materia, lascia piena libertà alle parti contraenti; esse possono dunque appropriarsi le disposizioni d'una nuova legge prima che essa sia pubblicata. Si può dire che la legge abbia qualche autorità in questo caso? No di certo; è la convenzione che forma la legge delle parti. Ciò è tanto vero che i contraenti potrebbero trascrivere nelle loro convenzioni non solo una legge non promulgata, ma anche un progetto di legge non ancora sanzionato, non ancora votato, e queste convenzioni sarebbero perfettamente valide; ma esse non lo sarebbero in virtù di una legge che non esiste, bensì pel concorso del consenso (2).

28. La giurisprudenza è conforme alla nostra dottrina. Sotto la legge del 28 agosto 1792, che emancipa di pieno diritto i giovani di ventun anno, si pretendeva che un padre, conoscendo questa legge prima della sua pubblicità legale, avrebbe potuto, riferendosi

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno IX (Locré, t. I, p. 22 e seg.).

(2) Merlin, *Répertoire* alla parola *Loi*, § 5, n. 10, e Dalloz, *Répertoire* alla parola *Lois*, n. 173.

ad essa in modo formale, disporre in favore di suo figlio. La Corte di cassazione decise, in senso contrario, che il solo consenso del padre e del figlio non bastasse per l'emancipazione prima della pubblicità legale di una legge concernente lo stato delle persone (1). Vi sono alcune sentenze che parrebbero consacrare l'opinione emessa nel Consiglio di Stato, ma a fronte dei principii esse sono senza valore e senza autorità (2).

29. Si vede che la distinzione fra la promulgazione e la pubblicazione non è solo una distinzione di parole; essa è fondata nella ragione, ed ha delle conseguenze giuridiche. Prima che la legge obblighi i cittadini, bisogna che abbia un carattere autentico; questo è lo scopo e l'effetto della promulgazione. Ma non basta che l'esistenza della legge sia certa perchè essa eserciti la sua autorità, bisogna che i cittadini possano conoscere che essa esiste. È d'uopo adunque che dopo la promulgazione decorra un certo termine, durante il quale i cittadini possano apprendere che la legge esiste: questo è lo scopo e l'effetto della pubblicazione. Prima della pubblicazione la legge esiste, ma per i cittadini la legge non pubblicata è come se non esistesse. Nell'intervallo che separa la promulgazione dalla pubblicazione la legge non ha che un'esistenza teorica; essa non esiste realmente per i cittadini se non a partire dalla sua pubblicazione.

CAPITOLO II.

DELL'AUTORITÀ DELLA LEGGE.

SEZIONE I. — *Doveri dei tribunali e dei cittadini.*

30. I tribunali hanno per missione d'applicare la legge. Possono rifiutarsi ad applicarla per una ragione qualunque? Noi supponiamo che la legge è stata emanata nelle forme prescritte dalla Costituzione; votata dalle due Camere, è stata sanzionata dal re e pubblicata legalmente. Senza dubbio, il giudice ha il diritto d'esaminare se l'atto di cui gli si domanda l'applicazione è una legge. Ma, dal momento che le forme costituzionali sono state osservate, la legge esiste e il giudice è tenuto ad applicarla. La legge è l'espressione della sovranità nazionale; come tale, essa obbliga i tribunali al pari de' privati. Quando si dice che il giudice è legato dalla legge, s'intende ch'esso non ha il diritto di sottometterla ad un controllo, che non gli è per-

(1) Sentenza del 7 marzo 1811 (DALLOZ, vol. XXX, pag. 93, nota 1).
(2) DALLOZ, *Repertoire*, alla parola *Lois*, n. 174.

messo d'esaminare se essa è in armonia con i principii del giusto e dell'ingiusto che Iddio ha scolpiti nella nostra coscienza. Di certo il legislatore deve usar diligenza perchè le leggi ch'esso emana non violino la giustizia eterna. Se egli facesse una legge ingiusta, questa mancherebbe d'autorità morale; ma ciò non dispenserebbe il giudice dal doverla applicare. Se il giudice potesse giudicare la legge, s'esso potesse rifiutarsi di farne l'applicazione, la legge non sarebbe più quel che essa deve essere, una regola obbligatoria per la società tutta intiera; non vi sarebbe più legge.

È inutile insistere sopra un principio che è elementare nel nostro diritto pubblico moderno. La Corte di cassazione l'ha formulato energicamente in una sentenza del 25 maggio 1814 (1). « Non appartiene punto ai tribunali, essa dice, di giudicare la legge; essi debbono applicarla tale qual'è, senza che loro sia giammai permesso di modificarla o di restringerla per nessuna considerazione, imperiosa che sia ». Merlin, che riporta i termini di questa sentenza, non esita a farne applicazione alle leggi che sono d'una ingiustizia evidente, alle leggi retroattive che tolgono ai cittadini un diritto acquisito. « Il legislatore che si permette di retroagire, dice il grande giureconsulto, viola senza dubbio una delle prime regole dell'ordine sociale; ma non v'ha al di sopra di lui alcun potere che possa reprimere questa infrazione; bisogna che gli si obbedisca sino a che, meglio illuminato, rientri spontaneamente nell'orbita della giustizia » (2).

31. Il giudice non può giudicare la legge. Ma esso è obbligato ad applicarla anche quando è incostituzionale? Siffatta quistione appartiene piuttosto al diritto pubblico anzichè al diritto civile. Noi non ne diremo che qualche parola. La nostra Costituzione prevede il caso in cui un decreto reale possa essere contrario alla legge; essa fa obbligo ai tribunali di esaminare la regolarità dei regolamenti che s'invocano davanti a loro, e di non applicarli se non quando sono conformi alla legge (articolo 107). Ma la Costituzione non dà al giudice la facoltà di esaminare la costituzionalità delle leggi; ciò basta per decidere la quistione. È vero che il legislatore è legato dalla Costituzione; esso non può derogarvi, e, in teoria, si potrebbe dire che la legge la quale viola la Costituzione è colpita di nullità, al pari del decreto reale che viola una legge. Ma la Costituzione non consacra questa teoria. Dal momento che la legge è emanata nelle forme costituzionali, essa obbliga i tribunali del pari che il Governo ed i cittadini; occorrerebbe una disposizione formale nella Costituzione per autorizzare il giudice a non applicarla, fondandosi sul motivo ch'essa è incostituzionale. La Costituzione, per ciò solo che non accorda questo potere ai tribunali, glielo ricusa. Essa ha temuto senza dubbio di scuotere

(1) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Effets de commerce*, n. 236, I.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. II, n. 1.

il rispetto dovuto alle leggi permettendo di attaccarle sotto il motivo o il pretesto che sono incostituzionali (1).

32. Se il potere giudiziario è, al pari del potere esecutivo, legato dalla legge, anche quando è incostituzionale, a più forte ragione i cittadini debbono obbedienza alla legge, per quanto ingiusta, per quanto iniqua si supponga. Come mai i privati avrebbero un diritto ch'è ricusato ai grandi poteri chiamati a concorrere all'esecuzione della legge? Il diritto di resistenza alla legge non si concepisce (2). Obbedire alla legge è un dovere per i cittadini; resistere alla legge è dunque la violazione d'un dovere, è un crimine; e noi non ne conosciamo di più grandi, perchè esso rovina le fondamenta della società. L'autorità di cui gode la legge è la base dell'ordine sociale. Se i cittadini potessero opporsi all'esecuzione della legge, qualunque ne fosse il motivo, non vi sarebbero più leggi, imperocchè una legge la cui forza obbligatoria può essere attaccata, una legge alla quale si può disobbedire, non è più una legge, e dove le leggi non hanno più impero regna l'anarchia, ed il corpo sociale si dissolve; esso deve necessariamente morire.

33. I nostri lettori si meraviglieranno perchè noi insistiamo sopra un principio così elementare e così necessario al mantenimento dell'ordine pubblico. Gli è perchè il principio è stato contestato, gli è perchè uomini, i quali, per la natura stessa del loro ministero, dovrebbero dar l'esempio dell'obbedienza alla legge, hanno dato l'esempio della disobbedienza, della rivolta, e questa colpevole condotta ha ricevuto l'approvazione della frazione della Camera che rappresenta il partito cattolico. È il partito che si dice conservatore, il partito che ha la pretensione di essere il solo elemento di stabilità nella nostra società agitata da rivoluzioni incessanti, è il partito cattolico che ha predicato la resistenza alla legge. Ecco perchè noi dobbiamo fermarci sopra una quistione, la quale, in realtà, non è una quistione, e che non dovrebbe essere nemmeno sollevata in un paese retto da una costituzione e da istituzioni che lo straniero gl'invidia.

Una legge del 19 dicembre 1864 mutò il modo di collazione delle borse fondate per l'istruzione. La collazione si trovava nelle mani dei ministri del culto cattolico; la legge l'attribuì alle autorità provinciali. Non è senza gravi ragioni che il legislatore si decise a consacrare questa innovazione. Abusi scandalosi, odiose malversazioni facevano un dovere al legislatore di salvaguardare il patrimonio dei poveri. Intanto, non appena la legge fu emanata, i vescovi, in corpo, dichiararono che essi rifiutavano il loro concorso alla sua esecuzione; la mag-

---

(1) La quistione è stata giudicata in questo senso, in Francia, dalla Corte di cassazione, sentenza 11 maggio 1883 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 327, t. XXX, p. 206).

(2) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Loi*, n. 527, qualifica come mostruosa la dottrina contraria, e dice che una simile eresia non si concepisce.

gior parte degli amministratori e dei collatori di borse seguirono l'esempio che lor dava l'episcopato. Era una parola d'ordine. Il clero allo scandalo d'una mala gestione aggiungeva uno scandalo più funesto ancora, quello della disobbedienza alla legge.

Al principio della sessione del 1865 vi fu una discussione nel seno della Camera dei rappresentanti sulla condotta del clero (1). Il ministro degli affari esteri la qualificò d'anarchica; Bara, ministro della giustizia, disse ch'era un'anarchia anticostituzionale. A questi vivi rimproveri i capi del partito cattolico risposero accusando i ministri d'irriverenza: essi avevano attaccato, dice il conte de Theux, l'episcopato con una violenza estrema, avevano proferito delle minacce. Nothomb s' indignò, perchè Rogier aveva parlato, come di rivolta scandalosa, della resistenza dei vescovi. La discussione acquistò maggiore importanza, quando due rappresentanti, appartenenti all'Università cattolica, presero la difesa del clero. Ascoltiamo Thonissen e Delcour. Per la prima volta forse, dacchè vi sono scuole di diritto, professori i quali insegnano il diritto proclamano la legittimità della resistenza alla legge. Ci affrettiamo ad aggiungere che essi lo fecero in nome dei più nobili sentimenti.

« Il diritto, dice Thonissen, è anteriore e superiore alla legge; il giusto e l'ingiusto esistono indipendentemente dalle convinzioni umane. L'iniquità è sempre l'iniquità, anche quando essa ottiene l'assentimento di tutto un popolo ». Nulla è più vero, nè si può meglio esprimere. Ma la quistione è di sapere se i cittadini sono giudici dell'iniquità reale o pretesa della legge. Thonissen confessa che il rispetto delle leggi è cosa utile, necessaria, e che questo rispetto deve soprattutto esistere nei paesi liberi, ove la legge è reputata l'espressione della volontà nazionale. Ma egli rende ciascun individuo giudice del rispetto che deve alla legge. « La coscienza umana, egli dice, non perde giammai i suoi diritti. L'eterna dignità dell'uomo sta nell'aver sempre nella sua coscienza un asilo inviolabile ove la forza non può penetrare, ed ove tutte le iniquità trovano il loro giudice, tanto quelle dei popoli quanto quelle dei re ». Che la coscienza non sia legata da una legge che viola la giustizia eterna è incontestabile. Ma il cittadino può egli, invocando la sua coscienza, disobbedire alla legge? Thonissen risponde che l'onnipotenza della legge sarebbe un dispotismo rivestito di forme popolari, ed egli non vuole alcun dispotismo. Resta a sapere se la rivolta è permessa contro una legge che la coscienza dichiara ingiusta. No, dice l'oratore, i cattolici non ricorreranno mai alla rivolta, essi si limiteranno a ricusare alla legge il loro concorso volontario.

La distinzione fra il diniego del concorso e la rivolta è spaventevolmente vaga. Come afferrare il limite esatto? E chi ci guarentirà ch'esso non sarà oltrepassato, quando sono in giuoco

(1) *Annales parlementaires*, Camera dei rappresentanti, sessione dal 1865 al 1866, p. 23 e seg.

forti passioni? Delcour tentò di precisare maggiormente questo punto essenziale. « Vi sono due specie di resistenza, egli dice, la resistenza attiva e la resistenza passiva. Ch'è la resistenza attiva? È la forza opposta alla forza; è il governo della forza sostituito al governo del diritto. Noi non vogliamo questa resistenza. Vi è un'altra resistenza, la resistenza passiva. La legge è ingiusta, la mia coscienza non mi permette di concorrere alla sua esecuzione. Ecco la resistenza che il clero ha praticato e che noi manterremo » (1).

È vero che la resistenza del clero era puramente passiva? È vero che havvi una resistenza senza rivolta? Il ministro della giustizia lo negò, e i fatti gli diedero ragione. Quando una legge non può essere eseguita in conseguenza del rifiuto del concorso. è evidente che havvi una resistenza attiva. Ora, gli amministratori delle antiche fondazioni rifiutarono di restituire le carte, gli archivi, e i vescovi rifiutarono di convocare gli uffizii amministrativi dei seminarii. Questa resistenza rendeva impossibile l'esecuzione della legge: quindi il rifiuto del concorso diveniva una rivolta contro la legge. E veramente ogni resistenza alla legge è una rivolta. La rivolta può essere più o meno violenta, ma vi è una violenza pel fatto solo che un privato dichiara che egli non concorrerà all'esecuzione della legge, e la violenza diviene una rivolta quando la resistenza è opposta da persone incaricate d'un ministero in forza del quale son tenute di concorrere all'esecuzione della legge.

Vuolsi dire con ciò che il ministro di giustizia si faceva il difensore del dispotismo legale? Bara riconosceva che la maggioranza poteva ingannarsi. Andiamo anche più avanti, essa poteva essere oppressiva, tirannica. Ma chi sarà giudice della tirannia, dell'oppressione? Se si risponde, « la coscienza individuale », la società sarà in preda all'anarchia. La legge, votata dalla maggioranza, è per ciò stesso anche l'espressione della volontà nazionale, e la volontà di tutti deve prevalere alla volontà individuale, altrimenti non v'ha più società, poichè la società non è altra cosa che il predominio della volontà generale sulla volontà particolare. Può avvenire, senza dubbio, che la maggioranza s'inganni; la maggioranza delle Camere è fallibile tanto quanto la maggioranza della nazione. Dov'è il rimedio? Nella rivolta? Vi sono delle rivolte legittime: i Belgi non possono negare la legittimità della resistenza, anche attiva, violenta, poichè essi debbono la loro indipendenza a una rivoluzione. Ma le rivoluzioni non sono legittime che allorquando esse son necessarie; ed esse non lo sono che là dove non v'hanno libere istituzioni: come ha benissimo detto il ministro degli affari esteri, Rogier, l'azione regolare del governo rappresentativo basta per cor-

(1) Tale è anche la dottrina dei vescovi del Belgio. Vedi il loro *Mémoire justificatif* del 21 marzo 1866 nel *Journal historique et litteraire*, t. XXXIII, pag. 18 e seg.

reggere le iniquità delle leggi, quando se ne commettano. Il partito cattolico accusa la legge sulle fondazioni di borse di retroagire, di recare offesa alla proprietà. Vi sono state, nel corso della rivoluzione francese, di queste leggi realmente spogliatrici. Ebbene, la Convenzione nazionale che le emanò si affrettò ad abrogarle, quando il dispotismo rivoluzionario cessò di pesare su di essa.

Si teme la tirannia della maggioranza. Non s'accorgono che la predicata resistenza alla legge conduce fatalmente al dispotismo. Perchè il regime parlamentare ha soccombuto, in Francia, sotto un colpo di Stato? Perchè le rivoluzioni, facendo incessantemente appello alla forza, han distrutto il sentimento del diritto. Perchè in Inghilterra il dispotismo è impossibile? Perchè il rispetto che gl'Inglesi portano alla legge è un vero culto: tuttavia queste vecchie tradizioni che si rispettano non sono sempre in armonia con la giustizia. Le iniquità legali non han certo fatto difetto in Inghilterra: esse sparirono, non per la forza, ma per l'azione regolare delle istituzioni costituzionali. Finchè gl'Inglesi non sono stati liberi, essi han fatto delle rivoluzioni per conquistare la libertà; dopo che essi ne godono, non fanno più rivoluzioni, e nessuno sogna un colpo di Stato. Che il destino dei popoli che ci sono vicini ci serva di lezione! Predichiamo l'obbedienza alla legge, a fine di diffondere il culto del diritto e rendere il dispotismo per sempre impossibile!

La controversia fu portata innanzi ai tribunali: e i tribunali, senza alcuna eccezione, condannarono la resistenza alla legge. Noi renderemo conto delle loro decisioni nel trattare della nonretroattività della legge.

Sezione II. — *Degli atti conformi alla legge*

34. È un principio elementarissimo che gli atti conformi alla legge sono validi. Bisogna dir di più: il legislatore dà loro la sua sanzione, vale a dire l'appoggio del pubblico potere, per assicurare l'esecuzione forzata delle obbligazioni che ne derivano e quindi dei diritti che ne risultano. Da ciò una conseguenza importantissima sulla quale ritorneremo più avanti. Poichè gli atti conformi alla legge sono messi sotto la protezione del legislatore, poichè questi è tenuto di assicurarne l'esecuzione, è certo ch'esso non può modificarli nè alterarli menomamente, e molto meno annullarli emanando nuove disposizioni sulla validità di questi atti. Solo perchè i cittadini si sono conformati alla legge, essi debbono essere assicurati che i loro atti produrranno gli effetti che la legge attribuisce loro al momento in cui li compiono. È precisamente per dar loro questa guarentigia, questa sicurezza, che il legislatore emana delle leggi. Che diverrebbero le leggi e l'autorità di cui debbono godere, se esse potessero modificare domani ciò che si fa oggi?

35. Questo principio tuttavia deve combinarsi con un altro principio, del pari essenziale. La missione del legislatore è di

sorvegliare incessantemente sugl'interessi generali della società. Esso ha dunque il potere di regolarli come intende. Ciò è più che un diritto per esso, è un dovere. Esso deve compierlo, anche quando urta contro interessi privati: poichè è nell'essenza della società che l'interesse individuale ceda dinanzi all'interesse sociale. Da ciò risulta che il legislatore può e deve correggere le leggi; esso è il gran fattore del progresso. Ora, il progresso diverrebbe impossibile se il legislatore dovesse fermarsi innanzi all'interesse degl'individui. Ma se il legislatore può e deve innovare, non gli è però permesso di recare offesa ai diritti dei cittadini; qui deve fermarsi. Invano invocherebbe l'interesse generale; il più grande interesse che gli uomini riuniti in società possano avere è che i loro diritti sieno rispettati. Da ciò deriva la dottrina della non-retroattività della legge, che noi esporremo più avanti.

Sezione III. — *Degli atti contrarii alla legge.*

§ 1. Principii generali.

36. Gli atti contrarii alla legge sono nulli? A primo aspetto si potrebbe credere che il legislatore deve colpire di nullità ogni atto che viola i suoi precetti. L'autorità della legge non è dessa la base dell'ordine sociale? e che diverrà quest'autorità, se i cittadini possono disconoscerla impunemente? Quando adunque un privato si permette di disobbedire al legislatore, facendo il contrario di ciò che questi ha prescritto, non è necessario che quest'atto sia annullato, al fine di salvaguardare il rispetto ch'è dovuto alla legge? Mantenere un atto che in certa guisa sfida il legislatore non è mettere gl'individui al di sopra della legge, ossia al disopra della sovranità nazionale? In quest'ordine d'idee la nullità degli atti contrarii alla legge sembra essere la sanzione naturale, necessaria della volontà generale.

Tuttavia questo principio non è stato mai ammesso in modo assoluto. Gli è vero che l'autorità della legge non sarebbe che una vana parola, se i cittadini potessero violarla impunemente. Ma ciò suppone che il legislatore ha comandato o proibito una cosa nell'interesse generale. Ora, avviene spesso che la legge statuisce nell'interesse puramente privato, senza voler nulla prescrivere nè proibire. Avviene ancora che il legislatore, tuttochè disponga per un interesse generale, non voglia punto comminare la pena di nullità all'inosservanza delle sue disposizioni. Vale a dire che non vi è un principio assoluto in questa materia; è necessario, innanzi tutto, vedere qual'è la volontà del legislatore.

37. Quando il legislatore fa delle leggi sui contratti, non intende certo d'imporre alle parti contraenti le regole ch'esso traccia sulle condizioni e sugli effetti delle convenzioni. Al contrario il principio è che esso lascia loro libertà piena e intera. Questa libertà è dell'essenza dei contratti. Essi si fanno nell'interesse individuale; e chi è il migliore giudice di quest'interesse? Il legislatore non può aver la pretensione di conoscere meglio

delle parti contraenti ciò che esige il loro interesse. Di più, gli sarebbe impossibile di prevedere le mille circostanze in cui possono trovarsi gl'individui e l'immensa varietà di relazioni civili che in ciascun caso particolare richiedono una clausola differente. La libertà è dunque dell'essenza delle convenzioni. Quindi qual'è lo scopo delle leggi che il legislatore emana su questa materia? Esso non intende nè comandare, nè proibire: si limita a tracciare delle regole generali per l'utilità delle parti contraenti; prevede, presume ciò ch'esse vorranno, secondo la natura dei diversi contratti. Se le parti vogliono ciò che il legislatore ha presunto che volessero, esse non hanno bisogno di scrivere nei loro atti tutte le obbligazioni, tutti i diritti che naturalmente ne derivano, esse non hanno che a rimettersi alla legge ove tutto ciò si trova scritto. Che se le loro intenzioni non concordano con quelle che il legislatore ha supposte, esse possono derogare alla legge; il legislatore lo permette, e queste derogazioni saranno perfettamente valide.

Il codice stabilisce questo principio pel contratto più importante; a termini dell'art. 1387, « la legge non regola la società coniugale, relativamente ai beni, che in difetto di convenzioni speciali che gli sposi possono fare come essi giudicano più conveniente ». Ciò che la legge dice del contratto di matrimonio s'applica a tutti i contratti. Risulta da ciò che non può darsi quistione sull'annullare o meno le convenzioni che violano la legge. Non vi è violazione di legge, poichè il legislatore stesso permette di derogare alle regole che stabilisce. Derogare alle leggi sui contratti è rispondere alla volontà del legislatore anzichè contrariarla. Laonde le derogazioni sono perfettamente valide.

38. Si trovano tuttavia nelle leggi sui contratti delle disposizioni a cui le parti non possono derogare. Tale è l'art. 1674, il quale porta che il venditore non può rinunziare anticipatamente alla facoltà di domandare la rescissione per causa di lesione; esso ha il diritto di agire in rescissione, anche quando v'abbia espressamente rinunziato. La rinunzia è dunque colpita di nullità. È questa un'eccezione al principio che abbiamo esposto? Si potrebbe crederlo, e lo si è detto (1). La rescissione per causa di lesione non è dessa stabilita nell'interesse del venditore? Costui dovrebbe avere dunque il diritto di rinunziarvi; invece la legge dichiara nulla la sua rinunzia. La ragione è che la rinunzia è viziata dalla medesima causa che vizia la vendita; perciò il legislatore non poteva ammetterla. V'è inoltre in causa un interesse sociale; è per un motivo di equità, di umanità, che la legge viene in soccorso del venditore, e gli permette di rescindere un contratto che il compratore gli ha imposto, abusando della sua infelice posizione. Ora, dal momento che l'interesse non è puramente individuale, il principio che permette alle parti di derogare alla legge non può più ricevere la sua applicazione.

(1) VALETTE sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t I, p. 8, nota.

39. Le parti contraenti possono derogare alle leggi che sono d'interesse generale? La negativa scaturisce dall'essenza stessa di queste leggi. Liberi gl'individui di derogare a leggi le quali non concernono che il loro interesse privato, e che non fanno se non prevedere ciò che i contraenti vogliono. Ma quando vi ha un interesse generale in causa, il legislatore non ha più riguardo alla volontà degl'individui. Senza dubbio, esso ha sempre in vista il loro interesse, poichè è la somma degl'interessi particolari che forma l'interesse generale; ma può darsi, e ciò avviene sovente, che l'interesse sociale sia in opposizione con l'interesse di tale o tal'altra persona. Quale dei due interessi deve cedere in questo conflitto? Evidentemente l'interesse privato. Allorchè dunque il legislatore dispone nell'interesse della società, esso impone la volontà generale alle volontà particolari, ciò che implica che gl'individui non possono derogare alla legge, poichè derogandovi essi metterebbero le loro convenienze al disopra delle convenienze della generalità. Che se essi si permettono di violare una legge d'interesse generale, allora la considerazione dell'autorità della legge riprende tutta la sua forza. Se le volontà particolari debbono piegare dinanzi alla volontà generale, gli atti per cui un individuo si è posto in opposizione contro la volontà di tutti non possono essere mantenuti senza compromettere l'esistenza stessa della società. È necessario, per salvare l'autorità della legge, che questi atti sieno colpiti di nullità.

40. Resta a sapere quali leggi sono d'interesse generale. La quistione non è così facile come si crede a primo aspetto. Infatti l'interesse generale è inseparabile dall'interesse privato. Sarebbe un modo singolare di provvedere all'interesse della società il contrariare ed offendere l'interesse degli individui. L'interesse sociale e l'interesse degli individui s'intrecciano, s'annodano, è spesso difficile il distinguerli. Ciò non è tutto. Havvi materie che sono evidentemente d'interesse generale. Vuol dire che il legislatore intende prescrivere, sotto pena di nullità, le minime formalità che vi si riferiscono? Il legislatore stesso ha manifestato un'intenzione contraria. Certo che il matrimonio è d'interesse generale; ma da ciò non segue che tutte le formalità che la legge prescrive in questa materia abbiano un'importanza tanto grande perchè il legislatore colpisca di nullità la minima inosservanza della legge. Perciò esso si è guardato di annullare il matrimonio in cui una formalità qualsiasi non fosse stata osservata: esso non ha pronunziato la nullità che per cause gravi. Non basta adunque che una materia sia d'interesse generale perchè, per ciò solo, tutte le disposizioni che la concernono siano prescritte sotto pena di nullità. Ciò complica la difficoltà: quando l'atto resterà valido non ostante l'inosservanza della legge? quando deve essere annullato?

41. Vi è un principio su cui tutti sono d'accordo, cioè che le nullità non possono essere stabilite che dalla legge, e che la legge

sola ha il diritto di pronunziarle (1). Il giudice non può annullare, di sua propria volontà, un atto che il legislatore non ha voluto annullare. Infatti i tribunali han solamente per missione di applicare la legge, essi non possono farla; ora, è fare la legge il pronunziare una nullità. Al legislatore, ed a lui soltanto, appartiene di vedere quale sanzione voglia dare alle sue disposizioni: siffatta quistione non può esser decisa che dal potere legislativo, il quale è chiamato a conciliare i diversi interessi, accordando la preferenza all'interesse più considerevole. È in questo senso che bisogna intendere il singolare adagio dell'antico diritto, che le *nullità sono odiose*. Se lo si prendesse alla lettera, esso implicherebbe un rimprovero contro il legislatore; perchè suppone che vi sieno delle nullità inutili, delle nullità che non servono se non allo spirito del cavillo (2). La nullità che la legge pronunzia è una sanzione della volontà del legislatore, e se le leggi non fossero sanzionate, esse mancherebbero d'autorità. Nulla dunque di più legittimo che le nullità. Ma esse producono anche dei gravi inconvenienti, esse perturbano le relazioni civili, distruggono quel che han fatto le parti interessate, ciò che ben di sovente reagisce contro i terzi. È precisamente per questa ragione che il legislatore soltanto può stabilire delle nullità.

42. Quando si tratta di pronunziare la nullità d'un atto contrario alla legge, il legislatore deve ponderare il male che risulta dall'inosservanza della legge, e il male che produce l'annullamento. Se mantiene l'atto, quantunque la legge sia stata violata, esso compromette la sua autorità; le leggi impotenti non sono più rispettate, e senza il rispetto alla legge non vi è società. Ma pure, se il legislatore annullasse ogni atto che contenesse la minima irregolarità, sorpasserebbe il suo cómpito; è nell'interesse della società ch'esso annulla; ora, l'interesse della società non domanda certamente questo lusso di nullità, poichè a forza di assicurare l'autorità della legge la si renderebbe realmente odiosa, essendochè i cittadini ad ogni istante si vedrebbero disturbati nei loro possessi; e questo disturbo può essere un male più grande che l'inosservanza della legge. Tutte le disposizioni delle leggi non hanno la medesima importanza. Ve ne sono di quelle per cui il legislatore non può soffrire la violazione, perchè vi è in causa un interesse capitale. Per contrario, ve ne sono di quelle che prescrivono delle formalità, utili senza dubbio, ma d'un interesse secondario. Annullerà il legislatore gli atti dello stato civile per l'inosservanza della minima formalità, un pronome che manchi, una professione che sia male indicata? (codice civile, art. 34). Esso si è ben guardato dal farlo, poichè annullando gli atti irregolari avrebbe compromesso lo stato dei cittadini, togliendo loro la prova ordinaria dei fatti che lo costituiscono. Nelle altre materie, al contrario,

(1) Merlin, *Questions de droit*, alla parola *Mariage*, § 3, n. 1.
(2) Solon, *Traité des nullités*, p. IV.

il legislatore esige con rigore l'osservanza esatta delle forme ch'esso prescrive. L'art. 1001 pronunzia la nullità dei testamenti, se alcuna delle formalità, stabilite dalla legge, non è stata osservata; la ragione è che queste formalità hanno p r iscopo di guarentire la libera espressione della volontà del testatore; esse sono dunque essenziali.

43. La nullità è un mezzo estremo cui il legislatore non ricorre che in caso di necessità. Vi è una sanzione che non presenta gli stessi inconvenienti, cioè l'ammenda o il carcere. La legge si è contentata di questa sanzione per assicurare la regolarità degli atti dello stato civile (codice civile, art. 50). È d'uopo conchiuderne che « allorquando la legge pronunzia un'ammenda non vi è più luogo ad annullare l'atto irregolare? » (1). È così pure per le irregolarità che gli ufficiali dello stato civile commettono nella redazione degli atti. Intanto non è questa una regola assoluta, neppure in materia di stato civile. L'art. 156 punisce coll'ammenda e col carcere l'ufficiale dello stato civile che procede alla celebrazione del matrimonio di minori, senza che il consenso dei genitori sia enunciato nell'atto di matrimonio; ciò che non impedisce che il matrimonio sia nullo, se il consenso non è stato dato. In materia d'iscrizioni ipotecarie la nullità concorre egualmente con l'ammenda (Legge del 16 dicembre 1851, articoli 85 e 132).

44. Poichè le nullità non possono essere pronunziate che dalla legge, poichè appartiene al legislatore vedere quale sanzione esso vuole stabilire per assicurare l'osservanza delle sue disposizioni, se vuole contentarsi d'una pena pecuniaria, o se vuole cumulare la nullità e l'ammenda, è forza conchiudere che appartiene al legislatore dichiarare ciò che vuole, e in modo che non vi sia alcun dubbio sulla sua volontà. Ma il legislatore non lo fa sempre. Gli autori del codice non lo han fatto che nelle due materie del matrimonio e dei testamenti. Vi è un capitolo speciale sulle domande per nullità del matrimonio, ed è di massima che il matrimonio non può essere annullato che allorquando la legge pronuncia la nullità. Il codice civile stabilisce alcune cause che fanno ostacolo a che il matrimonio sia celebrato; ma se, non ostante gli impedimenti legali, l'ufficiale dello stato civile ha proceduto alla celebrazione del matrimonio, il codice non permette di annullarlo. In forza dell'importanza del matrimonio il legislatore ha avuto cura di decidere quali sono le condizioni la cui inosservanza apporta la nullità, e quali sono quelle che importano solamente un impedimento impediente. Fra le numerose formalità che il codice prescrive non vi sono se non quelle riguardanti la pubblicità che possono dar luogo all'annullamento del matrimonio. La legge non ha voluto pronunziare la nullità d'un atto così importante per l'inosservanza delle formalità non essenziali. Se si è omesso, nell'atto di matrimonio, d'indicare il

(1) PERRIN, *Traité des nullités*, p. 193 e seg.

domicilio d'uno dei testimoni, od anche del padre e della madre dei futuri sposi, è questa una ragione per annullare il matrimonio? L'annullamento produrrebbe un male infinitamente più considerevole che la conservazione del matrimonio, quantunque intaccato di una leggiera irregolarità. Se la legge si mostra più rigorosa in materia di testamento, egli è perchè l'inosservanza delle forme fa nascere un dubbio sulla vera volontà del testatore, e dal momento che vi è un dubbio il testamento non può valere.

45. Gli autori del codice civile non han fatto per le altre materie ciò che han creduto dover fare per i matrimoni e i testamenti. Nel silenzio della legge che faranno i giudici? La dottrina e la giurisprudenza ammettono come principio che la nullità può essere pronunciata in virtù della volontà tacita del legislatore. In teoria, la volontà tacita deve avere la medesima forza che la volontà espressa. È sempre la volontà del legislatore che fa la legge, nè importa il modo con cui essa s'esprime. E veramente non si può dire che vi sia silenzio della legge, poichè se la volontà del legislatore non si manifestasse in modo alcuno, sarebbe il giudice che pronunzierebbe la nullità; ora, noi abbiam detto che esso non ha questo diritto. Ma se la teoria delle nullità tacite o virtuali dev'essere ammessa, non è men vero ch'essa è vaga e per conseguenza pericolosa. Come sapere che la volontà del legislatore è d'annullar l'atto ch'è contrario alla legge? Rispondere, come fa uno dei nostri migliori autori, che il giudice deve pronunziare la nullità quando essa è una conseguenza dei principii generali di diritto, è dir nulla, poichè la difficoltà sussiste (1). Che cosa sono questi principii generali invocati da Zachariae? Egli non lo dice. Confessiamolo; vi è una lacuna nel codice civile: è il legislatore che avrebbe dovuto esaminare, in ciascun caso, se l'inosservanza della legge deve oppur no apportare la nullità. Gli autori del codice han trascurato di farlo. Ne risulta che il giudice deve assumersi il lavoro che incombe al potere che fa la legge. Egli deve fare ciò che avrebbe deciso il legislatore se avesse preveduto la difficoltà. In realtà, egli non applica ciò che il legislatore ha voluto, ma ciò che avrebbe voluto. Non è questo far l'ufficio del legislatore? Il giudice esce dalla sua sfera, poichè esso vi è costretto. A meno di lasciare le leggi senza sanzione, esso deve sovente pronunciare la nullità; è il solo mezzo per riparare all'oblio o alla negligenza del legislatore. La difficoltà è grande: si tratta d'indovinare in qualche modo ciò che il legislatore ha voluto. È d'uopo cercar la soluzione nella natura delle differenti leggi. Questo è logico. È in ragione dell'importanza di una disposizione legislativa ch'essa deve avere per sanzione la nullità. Ora, vi sono delle leggi le quali pel loro oggetto stesso hanno una tale importanza, che il legislatore non può permettere ch'esse sieno impunemente violate. Si può dire che

(1) ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, tradotto da AUBRY e RAU, t. I, § 37.

la nullità è scritta in queste leggi senza che abbia bisogno di scriverla il legislatore. Quanto alle leggi che non hanno questa importanza, esse possono restare senza sanzione; non ne risulterà un male considerevole. Fra due mali il giudice sceglierà il minore. Tale è il principio: noi tenteremo di applicarlo.

§ 2. — *Delle leggi d'ordine pubblico e dei buoni costumi.*

N. 1. - Delle leggi che interessano l'ordine pubblico.

46. L'art. 6 del codice dice, che « non si può derogare, con le convenzioni particolari, alle leggi che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi ». Che bisogna intendere per le leggi interessanti l'ordine pubblico e i buoni costumi? Il legislatore non dà risposta a tale quistione. Non senza sorpresa leggiamo in un buon autore che, se la legge s'è astenuta di tracciar delle regole su questo argomento, gli è perchè queste cose si sentono più che non si definiscano (1). Questa massima non dovrebbe figurare in un libro destinato agli alunni, nè in alcun libro di diritto. Non v'ha nulla, non deve restar nulla di vago nella giurisprudenza. La precisione delle idee e la chiarezza del linguaggio, ecco tutto il diritto. La nostra scienza è una serie di principii logici fondati sulla ragione; essa non deve punto rimettersi al sentimento. Senza dubbio, la difficoltà di precisare i principii talvolta è grande. Ma non bisogna giammai indietreggiare davanti al dovere. Quando il legislatore non definisce, lascia questa cura alla dottrina; essa non può dispensarsene; non lo può soprattutto quando s'indirizza alla gioventù: ciò sarebbe abituarla a contentarsi di parole, o, ciò che torna lo stesso, di mezze idee.

47. Che significano le parole *ordine pubblico* prese nel senso grammaticale? *Ordine,* secondo il *Dizionario dell'Accademia,* vuol dire: « collocazione, disposizione delle cose poste nel loro grado, nel loro luogo ». Le leggi non s'occupano punto delle cose, nè della loro classificazione, ma delle persone. Questo significato speciale è indicato dalla parola *pubblico,* che, secondo l'Accademia, dinota: « ciò che appartiene a tutto un popolo »; in questo senso *pubblico* è sinonimo di *sociale. Ordine pubblico* vuol dunque dire l'ordinamento delle persone nella società. Infatti le persone hanno ciascuna il loro grado nella società; questo grado concerne o le relazioni politiche o le relazioni private. È la costituzione che determina il grado delle persone, dal punto di vista sociale, i diritti e le obbligazioni che ne risultano. Il codice civile regola il grado delle persone secondo la loro età, il loro sesso, la loro capacità, la loro nazionalità, il loro stato. Donde la classificazione degl'individui in stranieri ed indigeni, minori e maggiori, maschi e femmine, maritati e celibi, capaci ed incapaci, interdetti o posti sotto tutela. Si vede che la classi-

(1) MOURLON, *Répétitions sur le code Napoléon*, t. I, p. 62.

ficazione delle persone stabilisce una certa posizione sociale, che noi chiamiamo *stato*, e lo stato ha per conseguenza o la capacità o la incapacità. Noi così arriviamo a questa definizione che per *leggi che interessano l'ordine pubblico* il codice intende le leggi che fissano lo stato delle persone, e la capacità o l'incapacità che vi è congiunta (1).

48. Tale è il senso grammaticale di queste parole un po' vaghe; esse hanno anche un senso tecnico nel diritto francese, senso che dà loro una portata più grande. « Le leggi che riguardano l'*ordine pubblico*, dice Domat (2), sono quelle che si chiamano le leggi dello Stato, le quali regolano il modo con cui i principi sovrani sono chiamati al governo, quelle che regolano le distribuzioni dei pubblici funzionari, quelle che riguardano la polizia delle città e gli altri regolamenti pubblici ». In questo senso, *ordine pubblico* sarebbe sinonimo di *interesse pubblico*, e l'art. 6 significherebbe che i privati possono ben derogare alle leggi d'interesse privato, ma ch'essi non possono punto derogare alle leggi d'interesse pubblico. Questo principio è stato proclamato dai giureconsulti romani (3), e risulta dalla natura stessa delle leggi. Noi abbiam di già detto che, allorquando il legislatore stabilisce delle regole su materie che sono puramente d'interesse privato, esso non intende imporle alle parti interessate; ch'esso prevede solamente ciò che queste vorranno, e che per ciò stesso permette loro di avere una volontà contraria. Non è più la medesima cosa quando il legislatore parla in nome dell'interesse generale. Qui esso comanda o proibisce, e sempre nell'interesse della società; ora, la società non sarebbe più possibile se, per ragione dei loro interessi privati, i cittadini potessero mettersi al di sopra dell'interesse sociale, derogando alle leggi che lo riguardano. È dunque un principio d'una verità eterna, che non si può permettere ai cittadini di derogare alle leggi d'interesse pubblico. Resta a vedere s'è così che gli autori del codice hanno inteso il principio formulato nell'art. 6.

49. Il progetto portava: « leggi che interessano il pubblico ». Boulay propose la redazione attuale, *ordine pubblico;* essa venne adottata senza discussione (4). I giureconsulti romani, dai quali il principio è stato preso, dicevano che le leggi particolari non possono derogare al *diritto pubblico*. È anche in questo senso che Portalis spiega l'art. 6. Il Tribunato aveva obbiettato che le parole *jus publicum* non significano ciò che noi diciamo *diritto pubblico*, bensì le leggi scritte e solennemente pubblicate, in opposizione ai semplici usi e costumi che non si stabiliscono con la stessa solennità. Portalis confessa che le leggi romane hanno qualche volta questo senso. Ma quando si tratta di sapere se i pri-

(1) Mauguin, *Dissertation sur l'article 6 du code civil* inserita in *Sirey*, t. IX, parte 2.ª, p 345 e seg.

(2) Domat, *Traité des lois*, cap. XI, n. 40.

(3) « Privatorum pactio juri publico non derogat ». L. 45, D. *de reg. juris* (L. 17). Si confronti Voet, *ad Pandect.* lib. 1, t. IV, parte 2.ª, n. 18.

(4) Locré, *Législation civile*, t. 1, p. 219, 224.

vati possono derogare alle leggi, i giureconsulti distinguono. Si legge nel *Digesto* « ch'è permesso di contrattare contro il tenore d'una legge la quale non tocchi che l'utilità privata degli uomini » (1). In opposizione a queste leggi d'interesse privato, essi insegnano che i privati non possono derogare per le loro convenzioni a ciò ch'è di *diritto pubblico;* essi intendono per questo ciò che interessa più direttamente la società che i cittadini. Questa è la massima di tutti i tempi, aggiunge Portalis. Il codice civile intende dunque per *ordine pubblico* ciò che i giureconsulti romani qualificano per *diritto pubblico;* ed essi intendevano per questo *l'interesse pubblico,* nel suo più largo significato. Nella sua ultima *Esposizione dei motivi* Portalis si esprime in questi termini: « Non è che per mantenere l'ordine pubblico che vi sono governi e leggi ». Ciò vuol dire che le convenzioni dei privati sono subordinate all'interesse sociale.

50. Il codice non dice quale sarà la sorte delle convenzioni particolari che derogano all'ordine pubblico. Ma non può esservi dubbio circa la volontà del legislatore di colpirle di nullità. Portalis lo dice nel suo discorso al Corpo legislativo come una cosa che va da sè: « Si annullano, egli dice, le convenzioni contrarie al diritto pubblico, non s'annullano quelle che sono contrarie a leggi che non riguardano che il diritto privato e gl'interessi particolari » (2). Come il legislatore darebbe la sua sanzione a convenzioni per le quali i privati vorrebbero subordinare l'interesse generale all'interesse privato, vale a dire la società all'individuo? Non vi ha che un mezzo per tutelare l'interesse sociale, e questo consiste nel colpire di nullità atti che, se fossero mantenuti, comprometterebbero l'esistenza stessa della società, poichè gl'individui si crederebbero autorizzati a sacrificare l'interesse di tutti alle loro convenzioni particolari.

51. L'applicazione dell'art. 6, in ciò che concerne l'ordine pubblico, non soffre alcuna difficoltà. Tutte le leggi che si riferiscono al diritto pubblico, essendo d'ordine pubblico, i privati non possono derogarvi, sotto pena di nullità. Tali sono le leggi che stabiliscono le imposte. La legge colpisce d'una contribuzione la proprietà fondiaria, ed essa la esige dal proprietario. Se, in un contratto di fitto, le parti mettono l'imposta fondiaria a carico del fittaiuolo, questa convenzione può derogare alla legge? In quanto concerne i diritti dello Stato essa è nulla; il fisco potrà esigere dal proprietario il pagamento della contribuzione che la legge gl'impone, salvo alle parti contraenti a regolare i loro interessi come essi intendono.

Tali sono ancora le leggi che regolano l'ordine delle giurisdizioni. Le parti interessate non possono portare direttamente in appello le loro cause; esse non possono dare ai tribunali di

(1) L. 31, D. *de pactis* (II, 14).
(2) PORTALIS, Discorso pronunziato al Corpo legislativo il 23 gennaio anno X (LOCRÉ, t. 1, p. 263).

commercio competenza in materia civile, nè estendere la giurisdizione eccezionale dei giudici di pace (1). Vi è tuttavia un caso in cui esse possono derogare alla competenza. L'art. 111 del codice civile permette alle parti contraenti di modificare la competenza in materia di azioni personali. Regolarmente queste azioni debbono essere portate innanzi al tribunale del domicilio del convenuto; ma le parti possono stipulare che, se una causa sarà a farsi sulle loro convenzioni, essa sarà sottoposta ad un altro tribunale. È questa un'eccezione al principio dell'art. 6? No, è piuttosto un'applicazione di questo principio. Infatti, esso implica che si può derogare alle leggi d'interesse privato; ora, la legge che obbliga l'attore di seguire la giurisdizione del convenuto ha unicamente in vista l'interesse di costui, ch'è padrone di rinunziare a un diritto il quale non è stato stabilito che in suo favore (2).

52. Le leggi che regolano lo stato delle persone e determinano la loro capacità od incapacità essendo d'ordine pubblico, ogni convenzione che vi deroga è colpita di nullità. Noi troviamo un'applicazione di questo principio nell'art. 1388: « Gli sposi non possono derogare nè ai diritti risultanti dalla potestà maritale sulla persona della moglie e dei figliuoli, nè ai diritti attribuiti al coniuge superstite dai titoli della potestà patria e della minorità. Le convenzioni che vi derogassero sarebbero nulle, quantunque la legge non pronunzi la nullità. Ciò risulta dalla natura stessa delle leggi che regolano lo stato delle persone e la loro capacità. Senza dubbio, è nell'interesse degli individui che il legislatore fissa il loro stato, e ch'esso li dichiara capaci od incapaci. Ma, per fare questa classificazione delle persone, esso prende in considerazione l'interesse di tutti, l'interesse della società. Quando si tratta di fissare l'estensione della patria potestà, è forse l'interesse del tal padre o del tal figliuolo che il legislatore considera? No, certo; ma è secondo i costumi, secondo lo stato sociale, secondo i sentimenti generali della nazione ch'esso conferisce la patria potestà e che ne fissa i caratteri e i limiti. Per ciò l'individuo non può opporre le sue convenienze al voto della legge; e se esso tentasse di farlo, i suoi atti sarebbero nulli.

La giurisprudenza offre delle applicazioni di questo principio. Noi ne riporteremo alcune, piuttosto per la singolarità dei fatti che per la difficoltà della materia. Due sposi trovarono ben fatto di fare annullare il matrimonio da un compromesso, e, cosa più singolare ancora, si trovarono dei magistrati che emisero un'ordinanza d'*exequatur* su questo preteso giudizio arbitrale. La Corte di cassazione la cassò *per eccesso di potere il più caratteristico;* son questi i termini della sentenza (3).

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 14 febbraio 1866 (DALLOZ, *Recueil periodique*, 1866, 1, p. 447).
(2) MERLIN, alla parola *Loi*, § 8.
(3) Sentenza del 6 piovoso anno XI (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Arbitre*, n. 304).

Una convenzione fra il padre ed il figlio può emancipare quest'ultimo? La patria potestà è d'ordine pubblico; l'atto che vi mette fine è adunque eziandio d'ordine pubblico. La legge sottopone l'emancipazione a formalità; non dipende dai cittadini il dispensarsene. Così fu giudicato dalla Corte di cassazione (1). Un marito maggiore cedè alla sua moglie l'amministrazione dei suoi beni e dichiarò che questa cessione era equivalente a una interdizione giudiziaria. La Corte di cassazione annullò questa strana comunione, come derogatoria a una legge che interessa l'ordine pubblico (2). Infatti, la maggiore età dà a colui che perviene all'età legale l'esercizio di tutti i suoi diritti. Egli non ha il potere d'abdicare alla sua capacità, e non può perderla che per un giudizio.

53. Le leggi che concernono i beni non sono leggi d'ordine pubblico, nel senso ch'esse sono estranee alla classificazione delle persone. Esse possono però venire emanate nell'interesse generale; allora rientrano nella larga significazione dei termini adoperati dall'art. 6 del codice, essendo d'interesse pubblico. Noi ne abbiamo un esempio nell'art. 815 del codice: « Niuno può essere costretto di restare in comunione, e la divisione può essere sempre domandata non ostante convenzioni in contrario ». La convenzione che vietasse la divisione sarebbe dunque nulla. Perchè? Perchè è nell'interesse pubblico che il legislatore vieta la comunione forzata. Quindi bisogna applicare il principio tale quale lo ha formulato Portalis: « Si annullano le convenzioni contrarie al diritto pubblico, e s'intende per diritto pubblico quello che interessa più direttamente la società che i privati ». Tali non sono, in generale, le leggi che riguardano i beni. I beni formano l'oggetto delle convenzioni, e le parti godono, per massima, della più grande libertà nei loro contratti; la regola è che esse possono derogare alle leggi che le concernono; il divieto di derogarvi forma l'eccezione. È necessario adunque un interesse generale ben evidente perchè si possa ammettere che esso limiti la libertà delle parti contraenti, e che apporti la nullità delle convenzioni che vi derogano.

N. 2. — Leggi che interessano i buoni costumi.

54. Nel suo discorso al Corpo legislativo il tribuno Faure disse che i *buoni costumi* sono una dipendenza dell'*ordine pubblico*. Era dunque sufficiente di parlare delle leggi che interessano l'*ordine pubblico;* se vi si è aggiunto i *buoni costumi*, si è per dare alla dicitura tutta la chiarezza possibile. Tutto ciò che concerne i buoni costumi interessa l'ordine pubblico; ma tutto ciò che interessa l'ordine pubblico non concerne i buoni costumi (3).

(1) Sentenza del 7 marzo 1865 (MERLIN, alla parola *Loi*, § 55, n. 10).
(2) Sentenza del 7 settembre 1803 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Interdiction*, n. 31).
(3) LOCRÉ, *Législation civile*, t. 1, p. 319.

Queste spiegazioni rispondono a quelle che dà sull'ordine pubblico il Portalis: esso consiste in tutte le leggi che concernono l'interesse generale. Ma ciò non è ancora una definizione. Apriamo il *Dizionario dell'Accademia;* noi vi leggiamo che i costumi sono « le abitudini naturali o acquisite, per il bene o per il male, in tutto ciò che riguarda la condotta della vita ». Le leggi che interessano i buoni costumi saranno dunque quelle che hanno per iscopo di far acquistare delle abitudini per il bene, e d'impedire agli uomini di contrarre delle abitudini per il male. Quali sono queste leggi? La legislazione non è un corso di morale; essa non si occupa dei costumi che per reprimere le azioni che disturbano l'ordine sociale, vale a dire i delitti. È evidente che le leggi penali interessano i buoni costumi, nel senso dell'art. 6; e per conseguenza ogni convenzione avente per obbietto un delitto è colpita di nullità. Noi diciamo che ciò è evidente; infatti si può mai concepire che il legislatore dia la sua sanzione a contratti con i quali le parti si obbligano di commettere un delitto?

55. Merlin cita come esempio la convenzione per cui il padre, la madre od il tutore d'un minore s'obbligherebbero, mediante la promessa d'una somma di denaro, a prostituirlo. Il codice penale punisce questo fatto con pene correzionali. La convenzione sarebbe dunque nulla. Merlin domanda se sarebbe lo stesso della convenzione per cui una persona maggiore si prostituisse mediante una promessa di denaro. Egli risponde negativamente, perchè il codice penale non punisce questo fatto; l'art. 6 del codice è adunque inapplicabile. Ma ciò vuol forse dire che una simile convenzione sarebbe valida? Essa non potrebbe essere attaccata in virtù dell'art. 6 del codice civile, ma essa sarebbe nulla giusta gli articoli 1131 e 1133. Il primo porta che l'obbligazione per una *causa illecita* non può avere alcuno effetto; il secondo dice che la causa è *illecita* quando è contraria ai *buoni costumi* e all'*ordine pubblico*. Non è adunque necessario che vi sia una *legge* concernente i buoni costumi per annullare una convenzione immorale; basta ch'essa sia contraria ai buoni costumi perchè non abbia alcun effetto.

56. Gli articoli 1131 e 1133 estendono la portata del principio posto dall'art. 6, ma essi aumentano ancora la difficoltà dell'interpretazione. Ogni legge penale rientra nell'art. 6. Ma il codice penale non prevede tutte le azioni immorali. Nasce dunque la quistione di sapere come il giudice può conoscere se una convenzione è contraria ai buoni costumi. La Corte di Torino ha deciso che si deve reputare contrario ai buoni costumi ciò che l'opinione pubblica reputa illecito per tutti od anche per certe classi di persone (1). La definizione è vaghissima e anche falsa: non bisogna far distinzione fra le diverse classi della società,

---

(1) Sentenza del 30 maggio 1811 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Culte*, numero 14).

quando si tratta di costumi; la morale dev'essere la medesima per tutti gli uomini. Ma ove cercare questa morale che servirà di regola al giudice? È la morale religiosa? Tale sarà certo il sentimento del giudice, s'è cattolico. Se la società tutta quanta fosse cattolica, la difficoltà sarebbe tolta; non vi sarebbe che una morale religiosa. È necessario d'aggiungere che vi son parecchie religioni e che esse non sempre s'accordano sulla morale? Troveremo noi maggior certezza nella morale filosofica? I filosofi sono divisi anche più che le religioni. Il giudice è dunque senza regola in questa materia? No; si esagera quando si lamenta l'incertezza della morale (1): bisognerebbe dire che la morale è progressiva; essa varia, ma epurandosi, perfezionandosi. E qual'è l'organo di questo progresso incessante? La coscienza umana. Vi è in ciascun'epoca della vita dell'umanità una dottrina sulla morale che la coscienza generale accetta, eccettuate poche dissidenze individuali che non contano nulla. In questo senso si può dire che vi è sempre una morale pubblica; le convenzioni contrarie a questa morale saranno, per ciò stesso, contrarie ai buoni costumi, e, come tali, colpite di nullità.

57. Quando una convenzione è contraria ad una legge che interessa i buoni costumi, s'intende da sè ch'essa è nulla. L'art. 6, come noi abbiamo detto per l'ordine pubblico, la colpisce implicitamente di nullità. Quanto alle convenzioni contrarie ai buoni costumi, nel senso degli articoli 1131 e 1133, il codice è, nè può esserlo maggiormente, ben formale: esso dichiara che queste non possono avere alcun effetto. Ciò è più che la nullità; poichè ciò ch'è nullo può nondimeno produrre un effetto giuridico, mentre la legge non riconosce alcun effetto alle convenzioni immorali; queste convenzioni non esistono ai suoi occhi. Il codice deroga a questi principii in materia di donazioni e di testamenti; esso reputa non scritte le convenzioni contrarie ai buoni costumi che vi si trovano, esso le cassa, e mantiene nondimeno le disposizioni fatte sotto queste condizioni. Non è qui il luogo di entrare in maggiori dettagli su questi punti.

§ 3. — *Delle leggi proibitive ed imperative.*

58. Noi arriviamo alla quistione la più difficile in questa difficile materia. L'art. 6 del codice pone un principio della più grande elasticità. Giusta l'interpretazione che gli venne data dagli oratori del Governo e del Tribunato, esso comprende tutte le leggi d'interesse generale. Ma la difficoltà consiste nel sapere quali sono, nel campo del diritto privato, le leggi che concernono l'interesse della società. V'hanno leggi le quali per loro natura dimostrano ch'esse sono d'interesse sociale: tali sono le leggi che regolano lo stato delle persone e la capacità od incapacità che vi è congiunta; tali sono ancora le leggi che interessano

---

(1) MAUGUIN, in *Sirey*, IX, 2, p. 348 e seg.

i buoni costumi. V'hanno altre leggi che sono di diritto pubblico, per servirci del linguaggio di Portalis, perchè i motivi che le han fatte emanare sono fondati nell'interesse della società: noi abbiamo citato come esempio l'art. 815 che vieta la comunione forzata. Ma queste diverse categorie di leggi non pongono fine alla quistione delle nullità. Ve ne sono di quelle estranee allo stato delle persone e ai buoni costumi, e non si sa se esse sono d'interesse generale; ovvero, se l'interesse generale è in causa, non è possibile precisarne i confini. Se si deroga a queste leggi con convenzioni particolari, queste convenzioni saranno nulle?

59. Uno dei nostri grandi giureconsulti ha creduto di trovare, nella forma che il legislatore dà al suo pensiero, un segno della sua volontà. Ogni legge proibitiva, dice Merlin, implica la nullità degli atti che vi sono contrarii, senza che la legge abbia bisogno di pronunziarla. Egli si poggia sopra una costituzione degli imperatori Teodosio e Valentiniano: « Noi vogliamo, dicono essi, che ogni patto, ogni convenzione, ogni contratto, interceduto fra coloro cui la legge proibisce di farlo, sia riguardato come non avvenuto; di maniera che basti al legislatore d'aver proibito ciò ch'esso non vuole che si faccia, e che tutto il resto proceda dall'intenzione della legge, come se fosse stato espressamente ordinato; vale a dire che tutto ciò ch'è fatto contro il divieto della legge sia non solamente inutile, ma ancora considerato come non fatto, quantunque il legislatore si sia limitato a proibirlo e non abbia dichiarato ch'esso lo proibisce sotto pena di nullità. E se si fa o se avviene qualche cosa, sia in conseguenza, sia per occasione di ciò ch'è stato fatto in dispregio del divieto della legge, noi vogliamo che lo si riguardi egualmente come nullo e di niuno effetto. Giusta questa regola, per la quale noi annulliamo tutto ciò ch'è contrario alle leggi proibitive, è certo che non si deve nè ammettere una stipulazione di questa natura, nè dare un mandato di questa specie, nè aver riguardo al giuramento che tenderà a coprire la nullità dell'uno o dell'altra » (1).

60. È inutile dire che questa costituzione non ha più forza obbligatoria dopo la pubblicazione del codice. Perchè noi potessimo ammettere il principio ch'essa pone, sarebbe necessario che il legislatore francese lo avesse consacrato, se non in termini formali, almeno implicitamente. Ciò che dà qualche autorità alla legge romana si è che la Commissione incaricata di redigere un progetto di codice civile aveva formolato il medesimo principio nel libro preliminare che doveva servire di peristilio all'edifizio della nuova legislazione (2). Si legge nel titolo IV, art. 6: « Le leggi proibitive importano pena di nullità, quantunque questa pena non sia stata formalmente espressa ». Il libro preliminare venne ridotto: non si conservarono che i sei articoli che formano

(1) L. 5, 6, *de leg.* (1, 14).
(2) Lo si trova in LERMINIER, *Introduction à l'histoire du droit*, cap. XX.

il titolo preliminare. Ciò non impedisce che le massime state ammesse dagli autori del codice non abbiano un valore scientifico; quasi tutte queste regole sono accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È d'uopo vedere se esse sono fondate nella ragione, e se trovano qualche appoggio nel nostro testo. Ebbene, noi crediamo che il principio preso nel diritto romano degli autori del codice ha per sè ad un tempo e la ragione e la volontà del legislatore.

Quando il legislatore proibisce un atto bisogna che abbia le più grandi ragioni per farlo, poichè, in generale, esso rispetta la libertà dei cittadini. Le disposizioni proibitive limitano questa libertà, la tolgono, per meglio dire, in quanto agli atti che proibiscono ai cittadini di fare. Malgrado questo divieto, vi sono dei privati i quali fanno ciò che non hanno il diritto di fare: perciò i loro atti non possono avere valore. È il caso di dire con i giureconsulti romani, che gl'individui non possono elevarsi contro la volontà del legislatore; s'essi lo potessero impunemente, che diverrebbe l'autorità della legge? Che! la nazione sovrana, per organo del potere legislativo, dichiara ch'è proibito ai cittadini di fare tale convenzione; si trovano dei cittadini che dispregiano il divieto e pretendono mettere la loro volontà al disopra della volontà generale: essi violano audacemente la legge, facendo ciò che questa proibisce loro di fare. Eppoi il legislatore verrebbe a dare la sua sanzione a questi stessi atti che hanno insultato la sua autorità! Giacchè non annullarli è mantenerli, è approvarli, è accordar loro l'appoggio del pubblico potere. Il legislatore farebbe meglio non emanare le leggi proibitive, se, nel suo pensiero, fosse permesso di violarle. Non bisogna favorire la violazione della legge, poichè il rispetto delle leggi è la base dell'ordine sociale.

61. Quando vi è disposizione proibitiva che implica nullità? Non è necessario che il legislatore si serva delle parole proibire, vietare, interdire: generalmente esso si limita a dire che la tale persona *non può fare* il tale atto, o che la tale cosa *non può farsi*. Ciò basta per mostrare la sua volontà d'annullare ciò che si farebbe contrariamente alle sue disposizioni. È quello che dice uno dei nostri grandi giureconsulti, Carlo Dumoulin: « La parola *non può* toglie ogni potere di diritto e di fatto; ne risulta una necessità precisa di conformarsi alla legge, ed una impossibilità assoluta di fare ciò ch'essa proibisce » (1). Dire che un atto è impossibile, legalmente parlando, è dichiarare energicamente che, se quest'atto fosse fatto, sarebbe nullo. Si può concepire che il legislatore proclami che la tal convenzione è impossibile e che nondimeno la rispetti?

Resta a provare che tale è la dottrina del codice civile. Noi abbiamo un caso rimarchevole nel nostro testo che la stabilisce ben chiaramente. L'art. 215 dice che « la moglie *non può* stare

---

(1) DUMOULIN, sulla legge 1. D. *de verborum obligationibus*, n. 2.

in giudizio senza l'autorizzazione del marito ». L'art. 217 dice parimenti che « la moglie *non può* donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso senza il concorso del marito nell'atto, o il suo consenso in iscritto ». Se la moglie fa quel che la legge la dichiara incapace di fare, quale sarà la sorte dell'atto? Il codice non pronunzia la nullità degli articoli 215 e 217; ma essa vi è virtualmente. Infatti, si tratta di leggi d'ordine pubblico, l'incapacità giuridica della donna maritata essendo una conseguenza della podestà maritale. Vi è dunque luogo all'applicazione del principio dell'art. 6, che proibisce di derogare alle leggi d'ordine pubblico; divieto che, noi l'abbiamo dimostrato, apporta la nullità delle convenzioni derogatorie. Il testo stesso del codice lo prova nel nostro caso. Infatti, dopo aver detto ciò che la donna *non può* fare, il codice aggiunge, nell'art. 225: « *la nullità appoggiata alla mancanza d'autorizzazione* non può opporsi che dalla donna, dal marito, o dai loro eredi ». Si noti bene! La legge non pronuncia la nullità, e tale non è lo scopo dell'art. 225, poichè esso non comincia dal dire che gli atti giuridici fatti dalla donna maritata sono nulli; esso suppone, al contrario, questa nullità e decide solamente la quistione di sapere se la nullità è assoluta o relativa, quistione che, nell'antico diritto, aveva fatto nascere innumerevoli quistioni. Dunque la combinazione degli articoli 215, 217 e 225 prova che la proibizione indicata dalle parole *non può* importa nullità, senza che la legge abbia bisogno di dirlo (1).

Il principio che noi abbiamo stabilito fu contestato in seno al Consiglio di Stato nella discussione dell'art. 1388. Quest'articolo porta che gli sposi non possono derogare ai diritti spettanti alla potestà maritale sulla persona della moglie e dei figliuoli. Bérenger e Bigot-Preameneu pretesero che la locuzione *non può* non era per sè stessa proibitiva; secondo loro si avrebbe dovuto aggiungere una clausola, la quale dichiarasse esplicitamente nulle le convenzioni contrarie all'art. 1388. Ma gli emendamenti ch'essi proposero furono rigettati. Prova che, nello spirito del legislatore, le parole *non possono* hanno l'effetto di una disposizione proibitiva; ora, nell'art. 1388 la proibizione importa certamente nullità, poichè esso non fa che applicare il principio dell'art. 6, il quale, secondo il parere di tutti, implica nullità.

62. Si vede, con questi esempi, perchè le clausole proibitive importano nullità; egli è perchè la proibizione implica che vi sia in causa un interesse generale. Ciò è evidente quando si tratta dello stato e della capacità delle persone, ed è pure evidente che le convenzioni contrarie all'ordine pubblico non possono essere mantenute, dovendo l'interesse della società prevalere all'interesse dei privati. Noi scorreremo le disposizioni del codice che contengono una clausola proibitiva, e dappertutto troveremo che la nullità in diritto dev'esserne la conseguenza, salvo le eccezioni che avremo cura di spiegare.

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Nullité*, § 1, n. 6.

Abbiamo già menzionato l'art. 6, che pone un principio generale. Il principio riceve la sua applicazione in tutti i casi in cui si tratta dello stato e della capacità delle persone. Noi lo abbiam detto per gli articoli 215, 217, 1388. Gli articoli 344 e 346, che regolano le condizioni dell'adozione, si rapportano ancora al matrimonio ed alla patria potestà, materie che sono essenzialmente d'ordine pubblico: d'onde segue che la derogazione a queste disposizioni proibitive sarà colpita di nullità. La tutela e le guarentigie che la legge stabilisce in favore dei minori sono egualmente d'ordine pubblico; da ciò le disposizioni proibitive degli articoli 463, 464 e 935. Lo stesso è per la minorità e l'incapacità che vi è congiunta; le disposizioni proibitive degli articoli 903 e 904 sono per la stessa ragione sancite di nullità. Si può ancora comprendere nelle disposizioni d'ordine pubblico l'art. 1097, poichè ha per iscopo d'impedire che l'uno degli sposi abusi dell'influenza che ha sopra il coniuge.

Il principio dell'art. 6 comprende anche le leggi che interessano i buoni costumi. Quando l'art. 335 dice che il riconoscimento *non potrà* aver luogo a favore dei figli nati da commercio adulterino o incestuoso, esso fa una proibizione nello interesse della moralità pubblica, sacrificando l'interesse dei figliuoli a quello della società. Ogni convenzione contraria sarebbe nulla, non potendo il legislatore favorire l'immoralità. È ancora nell'interesse dei buoni costumi che la legge proibisce i patti successorii (articoli 1600, 791, 1389); non v'è dubbio che questi patti non siano colpiti di nullità, quantunque il codice non la pronunzi. Il principio dell'art. 6 basta per decidere in questo senso.

63. Noi abbiamo detto che l'art. 6, nello spirito degli autori del codice, abbraccia anche le leggi dell'ordine politico, e generalmente tutte le leggi che sono d'interesse generale. L'art. 5 contiene una disposizione proibitiva sotto forma di divieto: « *È proibito* ai giudici di pronunziare, per via di disposizione generale o di regolamento, sulle cause che sono ad essi sottoposte ». L'infrazione a questo divieto costituisce un delitto (cod. penale, art. 237). S'intende dunque che le disposizioni regolamentari prese da un tribunale sarebbero nulle. Così è stato deciso da un gran numero di sentenze della Corte di cassazione (1).

L'interesse generale basta per apportare la nullità; solamente, nel campo del diritto privato, è difficile talvolta di precisare ciò ch'è d'interesse generale; la forma proibitiva di cui il legislatore si serve viene in aiuto all'interprete, poichè questo deve supporre che è per motivi gravi, e, in conseguenza, nell'interesse generale che la legge stabilisce una proibizione. Apriamo il codice, vi troviamo una disposizione proibitiva nel contratto più favorevole: « Gli sposi, dice l'art. 1390, *non potranno più stipulare*

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Cour Royale*, § 2.

in modo generico che la loro associazione sarà regolata da una delle consuetudini che sono abrogate dal presente codice ». La proibizione importa nullità, poichè il legislatore ha voluto assicurare l'unità della legislazione, ciò ch'è certo un interesse generale.

L'interesse dei terzi è pure un interesse generale; esso spiega, in parte, la disposizione dell'art. 1355, a termini del quale « le convenzioni matrimoniali *non possono* ricevere alcun mutamento dopo la celebrazione del matrimonio ». Vi ha ancora un'altra ragione di questa disposizione che riguarda ugualmente l'interesse generale; il legislatore ha voluto assicurare la libertà delle parti contraenti, che il matrimonio altera più o meno. Sotto questo doppio aspetto, la nullità è la sanzione necessaria della proibizione. Si può ancora riferire all'interesse dei terzi la disposizione dell'art. 1981, il quale porta che « la rendita vitalizia *non può* essere dichiarata insequestrabile che allorquando essa è costituita a titolo gratuito ». Il testo non pronunzia la nullità; nondimeno è fuor di dubbio che la clausola che dichiarasse insequestrabile una rendita costituita a titolo oneroso sarebbe nulla e non impedirebbe ai creditori di sequestrarla. Tale è ancora l'art. 2214. Quando la legge stabilisce delle guarentigie a favore degl'incapaci, essa dispone per un interesse generale, poichè protegge coloro che non possono proteggersi da sè stessi. È così pure della disposizione dell'art. 2126: la nullità non è dubbia, quantunque non sia scritta nella legge. È ancora un interesse generale che spiega l'art. 2205; esso giustifica la nullità che vi è implicata.

64. Infine, vi sono delle disposizioni proibitive che risultano dalle condizioni stabilite dalla legge per la validità d'un atto giuridico. S'intende già che le parti contraenti non vi possono derogare, non ostante la libertà di cui esse godono; poichè questa libertà non giunge sino a volere che un atto sia valido quando non riunisce le condizioni prescritte per la sua validità. A termini dell'art. 128, gl'immessi nel possesso provvisorio *non possono* alienare i beni dell'assente. Se essi li alienano, l'alienazione sarebbe evidentemente nulla, poichè per alienare bisogna essere proprietario, e gl'immessi non sono che amministratori. Parimenti l'art. 2045 dice che il tutore *non può* transigere pel minore; esso non è che amministratore, esso non può dunque fare alcun atto di disposizione. Vi sono inoltre delle guarentigie prescritte a favore del minore in materia di transazione, ciò che sarebbe un nuovo motivo di nullità, se il tutore non si conformasse alla legge.

L'art. 1035 dice che i testamenti *non potranno* essere revocati che da un testamento posteriore o da un atto avanti notaio. Tutto essendo solenne in questa materia, la solennità diviene una condizione di validità della revocazione. A termini dell'art. 1076, le divisioni d'ascendenti fatte tra vivi *non potranno* avere per oggetto che i beni presenti. La proibizione implica nullità, perchè la donazione non può comprendere che i beni presenti;

l'art. 943 pronunzia espressamente la nullità quando essa comprende beni futuri; ora, la divisione fra vivi è una donazione. « *Nessuno può*, dice l'art. 1119, obbligarsi nè stipulare in suo proprio nome che per sè stesso ». La nullità risulta dai principii più elementari di diritto, quantunque il codice non la pronunzii: colui che, in suo proprio nome, promette il fatto d'un terzo non si obbliga punto, quindi non v'ha alcun vincolo di obbligazione: colui che, in suo nome, stipula per altri non acquista alcun diritto, poichè esso non ha alcun interesse apprezzabile a che la stipulazione sia eseguita, e senza interesse non v'ha azione.

L'art. 1422 mette dei limiti al potere del marito, come capo della comunione. Questi limiti risultano dalla nozione stessa di comunità e dai diritti che ne risultano per la donna associata: quindi la proibizione importa nullità, poichè i principii s'oppongono a che il marito, comproprietario, possa disporre a titolo gratuito e spogliare la donna della sua comproprietà.

Quando l'art. 2012 dice che la fidejussione *non può* esistere che sopra un'obbligazione valida, esso esprime un'idea giuridica, cioè che non potrà darsi obbligazione accessoria senza l'obbligazione principale. L'art. 2127 porta che l'ipoteca convenzionale *non può* essere consentita che per un atto notarile, per mostrare che la forma è richiesta come elemento essenziale dell'atto, il consenso essendo reputato non esistente, se esso non vien dato nella forma autentica. A termini dell'art. 2128, i contratti fatti all'estero non possono costituire ipoteca su beni esistenti in Francia: il legislatore ha deciso così per una falsa nozione dell'ipoteca e della sovranità; le parole *non può* indicano sempre l'assenza d'una condizione essenziale per la validità del fatto giuridico. È lo stesso nei casi previsti dagli articoli 2213 e 2214.

Nel titolo della prescrizione noi troviamo la medesima locuzione in molti articoli, e importante sempre pena di nullità, in virtù dei principii che abbiamo posti: « Non *si può* precedentemente rinunziare alla prescrizione », dice l'art. 2220; esso non aggiunge che la rinuncia è nulla; nondimeno non si può dubitare della nullità, poichè la prescrizione è d'ordine pubblico, nel senso dell'art. 6: « colui che non può alienare *non può* rinunziare alla prescrizione compiuta (2222), perchè l'alienazione è una conseguenza della rinuncia. « I giudici *non possono* d'ufficio supplire al mezzo risultante dalla rinunzia (2223) »: è ancora una conseguenza della natura della prescrizione. « *Non si può* prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio (2226) »; sempre in applicazione dei principii elementari del diritto; la prescrizione, essendo un mezzo d'acquistare, suppone evidentemente che la cosa è in commercio.

65. La dottrina di Merlin è stata vivamente attaccata da Toullier (1), e oggi è quasi abbandonata (2). È vero che essa

(1) TOULLIER, *le Droit civil français*, t. VII, n. 491 e seg.
(2) ZACHARIAE, *Cours de droit civil*, t. I, § 36.

non è sempre consacrata dal legislatore, nel senso che la forma proibitiva non è la sola che importi nullità. Vi sono articoli redatti nella forma imperativa che vengono sanciti con la stessa pena, senza che il legislatore la pronunci, ciò che sembra provare che la dicitura della legge non ci apprende per sè stessa quando un atto è nullo. Così l'art. 1325 è concepito in forma proibitiva, e la nullità è evidente. Ma vi è anche nullità nei casi dell'art. 1326 ch'è imperativo. Si vede che in una sola e medesima materia, quella degli atti per scrittura privata, il legislatore si serve indifferentemente della forma imperativa e della forma proibitiva. È lo stesso negli articoli 1394 e 1395; il primo, quantunque solamente imperativo, implica la nullità, tanto quanto il secondo ch'è proibitivo. Ma che importa, se le disposizioni imperative sono in fondo proibitive? E non è così appunto degli articoli 1326 e 1394? Dire che « tutte le convenzioni matrimoniali saranno redatte, prima del matrimonio, per atto davanti a notaio », è dire ch'esse non possono essere redatte, nè dopo il matrimonio, nè per scrittura privata. Ciò, anzichè scemare valore alla dottrina di Merlin, ci sembra che la confermi.

66. Talvolta il legislatore, dopo aver detto che la tal cosa *non può* farsi, aggiunge la clausola esplicita della nullità. Ciò significa forse che, per sè sola, la forma proibitiva non basta perchè l'atto proibitivo sia nullo? Vi son dei casi in cui il legislatore ebbe una ragione particolare per aggiungere la nullità alla proibizione. L'art. 943 dice che « la donazione tra vivi *non potrà* comprendere che i beni presenti del donante ». Ecco la proibizione; poi viene la clausola annullante: « Se essa comprende beni futuri, sarà nulla rapporto a questi ». Il legislatore pronunzia la pena di nullità per dimostrare che, a differenza dell'ordinanza del 1731, la donazione resta valida per i beni presenti, e per prevenire le controversie sul punto di sapere se la disposizione può essere divisa oppur no. Nell'art. 896 la legge non si limita a dire che « le sostituzioni sono vietate », ciò che dovrebbe bastare per apportare la nullità in una materia ch'è evidentemente d'interesse generale; essa aggiunge che la disposizione sarà nulla anche al riguardo del primo donatario. La Corte di cassazione ha risposto all'obbiezione con sua sentenza del 18 gennaio 1808. Sarebbe stato inutile, essa dice, aggiungere la nullità; se il legislatore avesse voluto solamente annullare la sostituzione propriamente detta, la proibizione sarebbe stata sufficiente; ma, volendo annullare anche la liberalità fatta al gravato, esso doveva naturalmente dirlo (1).

Merlin confessa che vi son dei casi in cui la nullità pronunciata dopo la proibizione è inutile: tali sono gli articoli 1596, 1597 e 2063. Ma dal fatto che il legislatore talvolta aggiunge una clausola superflua si può inferire che senza clausola an-

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Nullité*, § I, n. 6.

nullante la proibizione non importi nullità? Non è di massima che le disposizioni superflue non derogano punto al diritto comune? Vi ha un'obbiezione più forte contro la dottrina di Merlin, cioè che il codice contiene delle disposizioni proibitive che non importano nullità. Noi non citeremo gli articoli 228, 295 e 298, che stabiliscono degl'impedimenti al matrimonio, i quali si dicono proibitivi per indicare che essi non dan luogo ad un'azione in nullità; poichè si sa che, in fatto di matrimonio, il legislatore ha avuto cura d'indicare esso stesso i casi in cui la nullità esiste. Vi sono altre disposizioni proibitive, sebbene non in abbondanza, come dice Zachariae, alle quali le parti possono derogare senza che i loro atti siano nulli. Il giureconsulto alemanno cita gli articoli 675, 677 e 679. Ma è con serietà che s'invocano queste disposizioni contro la dottrina di Merlin? Le parole *non può* vi si trovano, a dir vero; ma di certo, quando l'art. 675 dice che l'un dei vicini *non può* praticare *nel muro comune* alcuna finestra, esso non intende stabilire una proibizione assoluta, poichè ha cura d'aggiungere: « senza il consenso dell'altro ». Così il testo medesimo della legge prova ch'essa non è proibitiva. Le parole « senza il consenso » non sono riprodotte negli articoli 677-679, ma vi sono così evidentemente sottintese ch'era inutile aggiungerle. Si tratta, in tutte queste disposizioni, d'interessi privati che i vicini regolano come essi intendono. Noi diciamo altrettanto degli articoli 1749 e 1860 che Merlin cita come disposizioni proibitive, ciò ch'è vero, finchè le parti contraenti non v'hanno derogato, ed esse lo possono senza alcun dubbio. Tuttavia, è questo il lato debole della dottrina di Merlin. La forma proibitiva indica d'ordinario che vi è un interesse generale, per ragion del quale il legislatore proibisce una cosa. Ma vi sono anche delle disposizioni proibitive che sono di puro interesse privato; quindi la forma proibitiva non è più decisiva.

Bisogna concludere da ciò che il principio posto da Merlin non ha alcun valore? Il testo del codice, la dottrina degli autori e la giurisprudenza attestano che la proibizione importa quasi sempre nullità: le eccezioni sono rare e si spiegano facilmente. Si può dunque mantenere il principio, in questo senso almeno, che la forma proibitiva indica in generale l'intenzione di annullare ciò ch'è contrario alla proibizione: proibire è annullare, salvo nei casi in cui non vi sono in causa che interessi puramente privati. Le eccezioni rendono il principio di più difficile applicazione, ma non lo distruggono punto.

67. Che bisogna dire delle leggi imperative? Ve ne sono di quelle che equivalgono a una proibizione: allora bisogna applicare il principio di Merlin. Noi ne abbiamo dati degli esempi che sono evidentissimi. Ma la cosa non è sempre così chiara. Ogni legge, in fondo in fondo, è imperativa, poichè la legge è l'espressione della volontà generale. Significa ciò forse che la volontà generale domina sulle volontà particolari a tal punto

che ciò che vi è contrario sia nullo? No di certo; il codice medesimo ci fornisce la prova che tale non è l'intenzione del legislatore. Non vi è che una sola materia, quella dei testamenti, in cui tutte le formalità sono prescritte sotto pena di nullità (art. 1001). In materia di matrimonio, la legge comanda, proibisce, parla in nome dell'interesse sociale, e nondimeno non sempre annulla. Gli è che il legislatore può avere delle buone ragioni per comandare, e può ancora averne delle buone per non annullare ciò ch'è stato fatto contro i suoi ordini. Posto fra due mali, esso sceglie il minore; ora, è possibile che vi sia minor male a mantenere un atto il quale viola la legge che ad annullarlo. Appartiene al legislatore il ponderare gl'inconvenienti e a decidere.

Ma se il legislatore non l'ha fatto, che farà il giudice? Non pronunzierà esso la nullità se non quando la legge imperativa contiene una clausola annullante? Il codice civile non pone questo principio; esso contiene, al contrario, delle disposizioni che provano che tale non è stato il pensiero dei suoi autori. Vi sono degli articoli imperativi che importano evidentemente nullità, senza che il testo la pronunci: noi abbiamo di già citati gli articoli 1225 e 1394. Per contrario, ve ne sono altri che, secondo il parere di tutti, non hanno questa sanzione. Tali sono le innumerevoli formalità che il codice prescrive per la redazione degli atti dello stato civile. Così, ora vi è ed ora non vi è nullità. Perchè si ammette che gli atti dello stato civile restano validi quantunque siano irregolari? Perchè si suppone che tale è la volontà del legislatore. Ciò vuol dire che l'interprete, nel silenzio della legge, è obbligato di fare le distinzioni che il legislatore avrebbe dovuto fare. Di qui la dottrina, oggi universalmente ricevuta, delle formalità essenziali ed accidentali.

68. Per forme sostanziali o essenziali s'intendono « quelle che costituiscono essenzialmente la sostanza di un atto; senza queste forme, l'atto che si è voluto fare non ha ricevuto l'esistenza che esse sole potevano dargli ». Questa è la definizione di Merlin (1). Che simili formalità implichino la clausola annullante, che il legislatore non ebbe il bisogno di aggiungere, s'intende da sè. Ma se le formalità sono accidentali, estranee, per così dire, alla sostanza dell'atto, non importano nullità per sè stesse; occorre in questo caso una clausola annullante perchè il giudice possa pronunziarla (2). Fu un brillante ingegno, il Daniels, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione, che presentò pel primo questo sistema nel 1807. Si trattava delle formalità prescritte dall'articolo 2148 per le iscrizioni ipotecarie. Daniels poneva come principio che queste formalità erano sostanziali, poichè organizzavano la pubblicità, uno degli elementi essenziali del nostro regime ipotecario; egli ne concluse

(1) Merlin, *Questions de droit*, alla parola *Mariage*, § 3, n. 1.
(2) Merlin, *Répertoire* alla parola *Nullité*, § 1, n. 5.

che dovevano, per loro natura, essere osservate sotto pena di nullità. Ma egli aggiunse questa riserva, che bisognava fare eccezione nei casi in cui nessun interesse fosse offeso per la inosservanza della legge: ei diede, per esempio, l'omissione del prenome o della professione (1). La Corte di cassazione consacrò questa dottrina con una celebre sentenza del 22 aprile 1807. Essa parte dal principio che le formalità le quali riguardano la sostanza degli atti sono di rigore, e debbono, anche nel silenzio della legge, essere osservate sotto pena di nullità. Questo principio, dice la Corte, vero in ogni materia, riceve più particolarmente la sua applicazione nelle formalità dell'iscrizione ipotecaria, poichè la loro stretta osservanza interessa l'ordine pubblico. La Corte applicò questo principio alla data del titolo. In un'altra sentenza del 1.° ottobre 1810 la Corte decise che vi erano, nell'iscrizione ipotecaria, delle formalità non sostanziali, le quali non erano che un accessorio puramente accidentale: che tal'era la designazione della professione del creditore, che l'inosservanza d'una somigliante formalità non apportava nullità (2).

Questa dottrina passò nella giurisprudenza; essa oggidì è ammessa da tutti gli autori. Si può dire che è una necessità. È impossibile mettere tutte le formalità sulla medesima linea; è dunque impossibile che tutte apportino la nullità. È pure assolutamente impossibile di lasciare senza sanzione un principio tanto importante quanto quello della pubblicità delle ipoteche. Tuttavia la distinzione consacrata dalla Corte di cassazione è lungi dal togliere tutte le difficoltà. Come sapere con qualche certezza se la tale formalità è sostanziale o accidentale? La Corte medesima varia nell'applicazione del principio. La nostra legge ipotecaria mette fine a queste penose incertezze, ponendo come principio che la omissione d'una formalità nell'iscrizione non darebbe luogo a nullità che allorquando ne risultasse un pregiudizio per i terzi (legge del 28 e 16 dicembre 1851, art. 85). È ciò che il legislatore dovrebbe far sempre; poichè appartiene ad esso soltanto di stabilire delle nullità. Quando esso non lo fa, vi ha necessariamente dubbio ed incertezza sul suo pensiero.

§ 4. *Effetto della nullità* (3).

69. Allorquando il legislatore dichiara un atto nullo, questo atto è nullo in virtù della legge, o è solamente annullabile, vale a dire, è d'uopo che la nullità sia domandata al giudice e da questo pronunziata? È un antico adagio del diritto francese, che « nullità di pieno diritto non han luogo in Francia ». Si è

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Inscription hypothécaire*, § 5, n. 3.

(2) MERLIN, *Répertoire* alla parola *Hypothèque*, sez. II, § 2, art. 10, n. 3, e alla parola *Inscription hypothécaire*, § 5, n. 8.

(3) PERRIN, *Traité des nullités*, p. 152 e seg.

sempre intesa questa massima nel senso che bisogna indirizzarsi alla giustizia per ottenere l'annullamento dell'atto dichiarato nullo. Ciò è fondato nella ragione. Le nullità, sebbene sieno stabilite per un interesse generale, concernono, nell'applicazione, l'interesse privato. Bisogna dunque lasciare all'interesse privato la cura di provocarne l'annullamento. Il legislatore non ha alcuna ragione d'intervenire direttamente in questa materia; il suo intervento potrebbe, al contrario, compromettere l'interesse dei privati. Infatti può darsi che l'atto, quantunque nullo, sia lor vantaggioso; il legislatore, annullando un atto che le parti vorrebbero mantenere, cagionerebbe loro un pregiudizio, senza alcun vantaggio per la società. Basta che la legge pronunci la nullità, perchè l'interesse sociale sia tutelato.

70. Non vi è che un'eccezione a questa regola nella nostra legislazione civile, ed è quella che si trova nell'art. 692 del codice di procedura. Nel codice civile non ve n'ha alcuna. Tuttavia s'incontra talvolta un'espressione che sembra indicare l'intenzione del legislatore d'annullare esso stesso l'atto. L'art. 502 dice che gli atti compiuti dall'interdetto, posteriormente all'interdizione, sono nulli *di dritto.* Ma ciò non vuol dire che la nullità non debba essere domandata; l'art. 1304 prova il contrario, e la cosa non ha mai recato dubbio alcuno. Ciò che la legge vuol dire si è che il giudice *deve* pronunziare la nullità degli atti compiuti dall'interdetto, per ciò solo ch'essi sono stati compiuti posteriormente alla interdizione, e senza che esso possa ammettere la prova che l'interdetto si trovava in un lucido intervallo.

Vi è un'altra espressione che a primo aspetto sembra in opposizione col principio che noi abbiamo formulato. Una legge francese, quella del 21 marzo 1831, porta all'art. 28: « Ogni deliberazione d'un Consiglio municipale sopra oggetti estranei alle sue attribuzioni è *nulla di pieno diritto* ». L'intenzione del legislatore di annullare sembra evidente. Per altro esso aggiunge immediatamente appresso: « Il prefetto, nel Consiglio di prefettura, dichiarerà la nullità ». Se il prefetto deve dichiararla, gli è perchè essa non esiste per la sola disposizione della legge. La formola *di pieno diritto* non è dunque che un modo energico di pronunziare la nullità; essa può nondimeno indurre in errore (1), e val meglio non adoperarla nella redazione delle leggi, ove tutto è di rigore (2).

71. La dottrina ammette che vi son dei casi in cui un atto è *nullo,* nel senso che la nullità non debba e non possa neppure essere dimandata. Vi sono delle condizioni richieste perchè un atto giuridico esista; se una di queste condizioni fa difetto, l'atto non ha esistenza agli occhi della legge; per con-

---

(1) Vedi i titoli *del Matrimonio, dell'Adozione e delle Obbligazioni.*

(2) Nel linguaggio del codice, essa significa ciò che si fa senza l'intervento del giudice (1290, 1184 2.° alinea).

seguenza, esso non produce alcun effetto. esso è il nulla, e non si concepisce certo che si debba o che si possa domandare la nullità del nulla. La lingua francese non ha parole speciali per distinguere questi atti dagli atti annullabili; essa chiama anche questi *nulli* (art. 1601). Questa parola ha dunque due significati: d'ordinario essa indica un atto annullabile, e talvolta un atto che non ha esistenza giuridica. Vi son degli autori che chiamano quest'ultimo *non esistente* o *inesistente;* il termine è più espressivo, ma non è francese. Noi non facciamo che indicare la distinzione: non è qui il luogo di svilupparla.

72. La nullità dovendo essere pronunziata dal giudice, importa di conoscere chi ha il diritto di domandarla. Si potrebbe credere che, allorquando il legislatore stabilisce la nullità, esso debba pretendere che sia pronunciata. Infatti, a che servirebbe la sanzione, se la pena di nullità non fosse applicata? In conseguenza di ciò si potrebbe dire che ogni parte interessata deve avere il diritto di provocare l'annullamento dell'atto; ciò sarebbe una guarentigia che l'atto nullo verrebbe realmente annullato. Vi ha infatti chi insegna questo principio (1). Ma, riflettendovi, si vede che il principio riposa sopra una falsa base. Esso suppone che la nullità sia stabilita per un interesse pubblico, di modo che il legislatore è interessato a che l'annullamento abbia effetto. È certo che, in questo caso, la nullità essendo d'ordine pubblico, ogni parte interessata può giovarsene. Ma vi sono anche delle nullità che il legislatore stabilisce per un interesse privato. La società non essendo più interessata a che vi sia un annullamento, non vi è ragione per mettere in moto tutti gli interessi. Bisogna, al contrario, limitare il diritto a coloro nel cui interesse la legge ha pronunziato la nullità. Essa può essere stabilita a favore d'una delle parti solamente: tali sono le nullità risultanti dai vizii del consenso (art. 1117) e dall'incapacità delle parti contraenti (art. 1125). Queste nullità sono relative per la loro stessa natura. Vi hanno altre nullità che sono introdotte nell'interesse delle due parti contraenti: tale è la nullità del pagamento, quando il debitore non è proprietario della cosa che dà in pagamento (art. 1238); si chiamano assolute per indicare che, a differenza delle nullità relative, esse possono venire invocate da tutte le parti interessate. Questi principii risultano dalla natura stessa delle diverse nullità. Ma l'applicazione non è sempre facile. A qual carattere si riconoscono le nullità assolute e le relative? Bisogna vedere i motivi per i quali il legislatore le ha stabilite. S'è un motivo d'interesse generale, allora non vi ha più dubbio. S'è nell'interesse delle parti, bisogna vedere se il legislatore ha avuto in vista il vantaggio di una delle parti o il vantaggio di tutte le parti contraenti. Noi rinviamo le applicazioni alle diverse materie in cui si presenta la difficoltà.

(1) **Solon**, *Traité des nullités*, cap. IX, p. 108.

CAPITOLO III.

DELL'EFFETTO DELLE LEGGI IN QUANTO ALLE PERSONE E IN QUANTO AI BENI.

§ 1. — *Principii generali.*

73. La legge s'indirizza a tutti gli abitanti del territorio su cui s'estende la sovranità della nazione di cui il legislatore è l'organo? La legge dev'essa ricevere la sua applicazione sugli stranieri come sugli indigeni? Quando la legge dello straniero è in conflitto con quella del paese ove esso risiede, quale bisogna applicare? Si deve tener conto della natura dei beni, mobili od immobili? Le medesime questioni si presentano quando un francese risiede all'estero: se esso compie degli atti giuridici, da quale legge saranno regolati? dalla legge francese o dalla legge straniera? Il codice non dà che una risposta incompleta a queste questioni. Da ciò difficoltà inestricabili. L'interprete diviene legislatore, ciò che conduce ad altrettante teorie quanti sono i giureconsulti. È perciò che noi cominciamo dall'esposizione dei principii generali, come sono formulati nei nostri testi.

74. S'intende da sè che la legge è fatta per gl'indigeni. Essa li regola in tutte le loro relazioni giuridiche. Ma continua a regolarli quando essi vanno a risiedere all'estero? Noi supponiamo ch'essi conservino la loro nazionalità, ch'essi restino francesi. L'art. 3 del codice civile risponde che « le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone regolano i Francesi, anche residenti in paesi stranieri ». Si chiamano queste leggi *personali*, perchè esse sono attaccate alla persona; il francese non può sottrarvisi lasciando la sua patria. S'esso è minore secondo il codice, resterà minore all'estero e in conseguenza incapace. Qual'è il fondamento della personalità delle leggi che regolano lo stato delle persone e la loro capacità? Portalis, nella seconda *Esposizione dei motivi* del titolo preliminare, non dà che una ragione: « Un francese, egli dice, non può frodare le leggi del suo paese per andare a contrarre matrimonio in paese estero, senza il consenso del padre e della madre, prima dell'età di venticinque anni. Noi citiamo un esempio fra mille altri simili per dare un'idea dell'estensione e della forza delle leggi personali ». Portalis aggiunge che i popoli hanno oggidì fra di loro più rapporti che non ne avessero per lo passato. Conchiude da ciò ch'è oggi più importante che mai di fissare la massima che, in tutto ciò che riguarda lo stato e la capacità della persona, il francese, in qualunque parte esso sia, continua ad esser regolato dalla legge francese (1).

---

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi*, fatta nella seduta del Corpo legislativo del 24 ventoso anno XI (LOCRÉ, t. p. 304).

Vi è una ragione più profonda della personalità di queste leggi. Esse sono attaccate alla qualità di francese. Portalis nota: « Basta essere francese per essere regolato dalla legge francese in tutto ciò che riguarda lo stato della persona ». La personalità tiene dunque alla nazionalità, è una quistione di razza. I nostri antenati, i Barbari, erano regolati, in tutte le cose, dalla legge della loro tribù: essi la portavano seco dappertutto ove andavano. Oggidì non v'ha più che alcune leggi le quali sieno personali, nel senso ch'esse accompagnano la persona e non la lasciano durante tutto il tempo che questa conserva la nazionalità da cui esse derivano. Infatti, le leggi dette personali emanano dalla nazionalità. Sono i mille elementi fisici, intellettuali, morali, politici, costitutivi della nazionalità, che determinano anche lo stato delle persone e la loro capacità od incapacità. Perchè nei paesi del mezzogiorno il matrimonio è permesso a dodici anni, mentre l'epoca in cui uno può maritarsi s'allontana a misura che ci avviciniamo al nord? Quistione di clima; ora, il clima ha una gran parte nella formazione delle nazionalità e nei caratteri che le distinguono. La medesima quistione e la medesima risposta per l'età maggiorenne, salvo che qui i costumi politici esercitano altrettanta influenza quanto le cause fisiche. Dappoichè le leggi nazionali sono l'espressione della nazionalità, è naturale ch'esse seguano il francese all'estero; esse fan parte della sua individualità, sono entrate in qualche maniera nel suo sangue: come potrebbe liberarsene? (1). Esso non lo può che cambiando nazionalità, ma allora si sottomette a una nuova legge personale.

75. In qual senso le leggi personali seguono la persona all'estero? Portalis suppone che un francese contragga matrimonio in un paese straniero; le leggi che reggono il matrimonio sono leggi personali; dunque il francese vi resta sottomesso in qualunque luogo si mariti. In Inghilterra si può maritarsi all'età di ventun anni; le leggi inglesi permettono il matrimonio a quest'età senza il consenso dei genitori, mentre il codice non lo permette che a venticinque anni. Il francese non potrà maritarsi in Inghilterra, prima dell'età di venticinque anni, senza il consenso del padre e della madre. Se esso si maritasse prima di quest'età, senza avere ottenuto il consenso dei suoi ascendenti, il suo matrimonio non avrebbe alcun valore in Francia. Ecco una prima conseguenza della personalità delle leggi, ch'è evidente. Ma si domanda se i magistrati inglesi possono celebrare il matrimonio d'un francese ch'è incapace

---

(1) La Corte di Bruxelles ha giudicato, e con ragione, che non si può rinunziare al suo statuto personale; una simile rinuncia sarebbe evidentemente nulla, in virtù dell'art. 6 del codice civile (Sentenza del 29 luglio 1865, nella *Pasicrisie*, 1866, n. 57).

di maritarsi secondo le leggi francesi. È certo che il legislatore francese non può comandare nè proibire ai magistrati stranieri. Le leggi personali non hanno più che le altre leggi forza coattiva fuori del territorio su cui s'estende la sovranità del legislatore. A rigore adunque, i magistrati inglesi potrebbero non tenere alcun conto delle leggi francesi che regolano lo stato e la capacità dei Francesi. A rigore, le leggi inglesi potrebbero permettere il matrimonio dei Francesi all'età di ventun anno, senza il consenso del padre e della madre. Tale è il diritto stretto che emana dalla sovranità assoluta di ciascuna nazione, nei limiti del suo territorio. Frattanto, nel fatto, il principio delle leggi personali è ammesso nella più parte degli Stati; i quali non lo fanno perchè vi sono forzati, sibbene, dicono gli autori, per condiscendenza, per cortesia (1). Non sarebbe più vero il dire che lo fanno per necessità, perchè vi sono interessati? S'essi vogliono che all'estero si rispettino le leggi personali che regolano la loro nazione, è necessario che attestino lo stesso rispetto alle leggi personali degli altri Stati, poichè fra nazioni regna l'eguaglianza: ciò che l'una non accorda, l'altra rifiuterà. Tutte essendo interessate perchè il principio delle leggi personali sia ammesso, questo principio addiviene una regola delle loro relazioni; ciò che era semplice *cortesia* o *necessità*, finisce per essere un *diritto*.

76. Il codice civile, dicendo che le leggi personali regolano i Francesi residenti in paese straniero, intende limitare a queste leggi l'impero che il legislatore esercita sui Francesi che risiedono all'estero? No, poichè il medesimo art. 3 prescrive che gl'immobili, anche posseduti dagli stranieri, soggiacciono alla legge francese. Questo principio s'applica senza alcun dubbio ai Francesi che abitano un paese straniero, e che possiedono immobili in Francia. Il Francese rimane dunque soggetto alle leggi del suo paese per tutti i suoi diritti immobiliari, quando i suoi immobili sono ivi situati. Non si ferma qui l'impero delle leggi francesi sui Francesi che risiedono all'estero. L'art. 999 dice che un francese che si troverà in paese estero potrà disporre con testamento olografo, come è prescritto nell'art. 970, e quindi secondo le leggi francesi. E ciò che il codice dice del testamento olografo si applica per analogia a tutti gli atti per scrittura privata. La legge non dice nulla della sostanza delle disposizioni. Noi diremo appresso che la dottrina estende alla sostanza ciò che l'art. 999 dice della forma, cioè che le convenzioni stipulate dai Francesi all'estero sono regolate dalla legge francese. Il principio delle leggi personali è adunque più esteso di quel che ordinariamente non si creda: si può dire ch'*esso abbraccia tutte le relazioni giuridiche dei Francesi in quanto esse sono di diritto privato.*

(1) FOELIX, *Trattato del diritto internazionale privato*, pag. 18 e seg. VALETTE su PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, pag. 79.

77. È ancora la legislazione francese che regola gli stranier residenti in Francia? L'articolo 3 li sottomette alla legge francese per due sorta di leggi. Prima di tutto le leggi di polizia e di sicurezza obbligano tanto gli stranieri quanto i Francesi. Portalis ha benissimo spiegati i motivi su cui questo principio è fondato. Ciascun Stato ha il diritto e il dovere di vegliare per la sua conservazione, Ora, come uno Stato potrebbe conservarsi e mantenersi, se vi fossero nel suo seno uomini che potessero impunemente trasgredire la sua polizia e turbare la sua tranquillità? Lo straniero non può lamentarsi se gli si applicano le leggi penali: dal momento che mette il piede sul suolo francese, è protetto da queste leggi e nella sua persona e nei suoi beni: deve a sua volta dunque rispettarle (1). Esso non può pretendere che i delitti che commette in Francia debbano essere puniti dalla legge del suo paese. La personalità delle leggi germaniche giungeva sino a questo punto; ma così si metteva l'individuo al di sopra dello Stato; quando si tratta della propria sicurezza e tranquillità, appartiene a ciascun Stato prescrivere le misure che giudica necessarie per la sua conservazione: il diritto dello Stato, in questa materia, domina necessariamente quello degli individui. Non si dee punto ricercare a quale nazione appartengono coloro che turbano la sua tranquillità e compromettono la sua sicurezza con atti illeciti; poichè la nazionalità nulla ha di comune con i delitti: dal momento che l'ordine pubblico è leso, bisogna che la legge penale riceva la sua applicazione, senza che s'abbia a distinguere fra lo straniero e l'indigeno.

78. L'art. 3 dice ancora che gli stranieri, residenti o non residenti in Francia, sono regolati dalla legge francese, per quanto concerne gl'immobili che vi possiedono. Si dicono *reali* le leggi che regolano gl'immobili. Il codice stabilisce il principio che le leggi reali ricevono la loro applicazione su tutti coloro che possiedono degl'immobili situati in Francia, siano stranieri, siano francesi. Perchè la legge della situazione dei beni prevale sulla legge della persona? Portalis invoca la sovranità. Il sovrano, egli dice, ha il *dominio eminente*, il che vuol dire, non che ciascun Stato ha un diritto di proprietà su tutti i beni del suo territorio, ma che il potere pubblico ha il diritto di regolare la disposizione dei beni con le leggi civili, di gravare questi beni con imposte proporzionate ai pubblici bisogni, e disporre di questi stessi beni per cagione di pubblica utilità. Dal momento che vi è un interesse generale in causa, si concepisce che la legge estenda il suo impero su tutte le parti del territorio. È più difficile comprendere perchè la legge del luogo ove i beni sono situati debba regolarne necessariamente la disposizione, allorchè non vi sono in giuoco che in-

(1) Portalis, Seconda esposizione dei motivi del titolo preliminare (Locré, t. I, p. 304 e seg).

teressi privati. Portalis insiste sulla indivisibilità del potere sovrano. È nell'essenza della sovranità di essere indivisibile; essa deve estendersi a tutto il territorio, come s'estende su tutte le persone che lo abitano. La sovranità non sarebbe più piena, ma divisa, se una parte del territorio fosse sottomessa a leggi straniere. Poichè l'insieme degl'immobili forma il territorio pubblico d'un popolo, bisogna ch'essi siano regolati esclusivamente dalle leggi di questo popolo, ancorchè una parte degli immobili sia posseduta dagli stranieri. In una parola, le leggi, reali sono una emanazione della sovranità; i privati che posseggono gl'immobili non possono opporre al legislatore la loro qualità di stranieri, e dimandare che i loro beni siano sottoposti alla loro legge personale; poichè tutti questi beni riuniti formano il territorio dello Stato, e, relativamente alle nazioni straniere, questo territorio dev'essere un sol tutto retto dal Sovrano o lo Stato.

Noi esponiamo le ragioni del principio formulato dall'art. 3, così come le ha spiegate Portalis, senza intendere di approvarle. Appresso vi ritorneremo; pel momento raccogliamo i testi coi loro motivi. Vi sono dunque *leggi reali*, come vi sono *leggi personali;* esse hanno un carattere del tutto differente. Quelle che regolano la persona sono sempre le medesime, non mutano secondo che la persona abita il tal paese o il tale altro, esse la seguono dalla sua nascita fino alla sua morte, dappertutto ove risiede. Le leggi reali, al contrario, variano secondo i luoghi ove i beni son situati; colui che possiede dei beni in tre o quattro paesi differenti sarà soggetto, per quanto riguarda questi beni, a tre o quattro leggi differenti, contrarie. Questa opposizione fra le leggi reali e la legge personale è la fonte delle difficoltà talvolta inestricabili che presenta questa materia. Un francese è regolato dalla legge francese pel suo stato e per la sua capacità: esso è regolato dalla legge belga, dalla legge inglese, dalla spagnuola per i beni che possiede nel Belgio, nell'Inghilterra, nella Spagna. Ma la persona ha un intimo legame con i beni: quando in un fatto giuridico sono in causa la persona e i beni, quale legge si applicherà? La legge personale o la legge reale? Prima di rispondere a questo quesito, ci è d'uopo completare l'esposizione dei principii stabiliti dal nostro codice sugli stranieri.

79. L'art. 3 parla delle leggi alle quali sono soggetti gli stranieri; esso non dice nulla dei diritti di cui godono. Queste due quistioni sono connesse e nondimeno distintissime. L'articolo 11 stabilisce il principio che lo straniero gode in Francia i medesimi diritti civili che quelli i quali sono o saranno accordati ai Francesi dai trattati della nazione cui questo straniero appartiene. Presa alla lettera, questa disposizione significa che, in mancanza di trattati, lo straniero non gode dei diritti civili in Francia. Noi diremo appresso che vi è un'interpretazione più favorevole; resta sempre però che, nel sistema

del codice, vi son diritti civili di cui lo straniero non ha il godimento.

Noi diciamo che vi è un legame fra il principio che regola i diritti civili, di cui lo straniero gode, e il principio della legge personale o reale che regola i diritti che esso esercita. Infatti, prima di ricercare la legge che regola l'esercizio d'un diritto, bisogna vedere se il diritto esiste. Se vi son diritti dai quali lo straniero è escluso, è inutile di ricercare da quale legge questi diritti son regolati, se dalla legge francese o dalla legge straniera: diciamo meglio, la quistione non può essere neppure agitata. Così, supponiamo che lo straniero non abbia ipoteca legale in Francia. A qual pro, in questo caso, esaminare se la legge che stabilisce l'ipoteca sia una legge reale o personale? Se, come nei tempi primitivi, lo straniero fosse senza diritto, la quistione della realtà o della personalità delle leggi non avrebbe potuto nemmeno sorgere (1).

Tale è il legame che unisce i due principii; ma vi sono ancora delle considerevoli differenze. L'art. 11 non concerne che i diritti civili, vale a dire i diritti che il legislatore ha stabilito per i Francesi, escludendo gli stranieri: esso non s'applica ai diritti naturali, quale il diritto di contrattare. L'art. 3, al contrario, è generale: esso s'applica ad ogni specie di diritti. Se trattasi di diritti naturali, lo straniero ne gode sempre; resta a sapere se tali diritti sono regolati dalla legge francese ovvero dalla legge straniera: questo è l'oggetto dell'art. 3. Quanto ai diritti civili, l'articolo non è applicabile se non quando lo straniero ne ha il godimento. Esso non godeva del diritto di disporre e di ricevere a titolo gratuito sotto l'impero del codice; quindi la questione della realtà o personalità delle leggi che regolano la donazione, i testamenti e le successioni non poteva presentarsi. Leggi posteriori al codice hanno accordato il diritto ereditario allo straniero; da questo momento bisogna esaminare da quale legge è regolato l'esercizio di questo diritto.

80. Vi è ancora in questa materia un principio ch'è comune agli stranieri ed ai Francesi. È un vecchio adagio che le forme d'un atto sono determinate dalle leggi del paese ove l'atto è compiuto. Il libro preliminare redatto dagli autori del codice civile lo aveva ammesso (2), e fu anche consacrato nel progetto del codice sottoposto al Corpo legislativo. Nella sua *Esposizione dei motivi* del titolo preliminare, Portalis lo giustificò con una ragione di necessità: « Nei nostri giorni, dice egli, gli uomini non sono sempre nello stesso luogo. Le comunicazioni commerciali ed industriali fra i popoli sono molteplici e rapide: a noi è parso necessario di rassicurare il commercio, garantendogli la validità degli atti nei quali si fosse conformato alle forme

(1) DEMANGEAT, nella *Revue pratique du droit français*, t. I, p. 54.
(2) Titolo IV, art. 6: « La forma degli atti è regolata dalle leggi del luogo in cui son fatti o compiuti ».

ammesse nei paesi ove questi atti possono essere stati fatti o compiuti (1). È una necessità contentarsi di queste forme, non solamente perchè esse variano da un paese all'altro, ma anche perchè sarebbe il più sovente impossibile al francese di seguire le forme della legge francese all'estero, come sarebbe impossibile di seguire in Francia le forme prescritte dalla legge straniera. Il legislatore francese ha separato la giurisdizione volontaria dalla giurisdizione contenziosa, attribuendo ai notai la redazione della maggior parte degli atti che, nell'antico diritto, erano di competenza dei tribunali. In Germania, al contrario, la confusione delle due giurisdizioni generalmente sussiste. Così i testamenti si fanno davanti all'autorità giudiziaria, secondo il diritto prussiano, e davanti notaio, secondo il diritto francese. Invano un prussiano vorrebbe testare in Francia avanti ad un tribunale; il giudice si dichiarerebbe incompetente; è d'uopo adunque permettere al Prussiano di fare il suo testamento avanti a notaio (2). Lo stesso è del francese all'estero. Ciò che la necessità comanda è anche conforme alla ragione. Le forme nelle quali gli atti devono essere ricevuti sono quelle che noi chiamiamo *istrumentarie;* esse hanno per scopo di garentire la libera espressione della volontà delle parti che compiono l'atto. Ora, appartiene al legislatore di ciascun paese regolare le forme che gli sembrano le più proprie a raggiungere questo scopo; ciò dipende dallo stato sociale e politico: qua il legislatore ha fiducia nella testimonianza degli uomini, là ne diffida; qua la legge prescrive tali condizioni per essere testimonio, là tali altre. Quando le forme legali sono state osservate, è a presumere che l'atto sarà la libera espressione della volontà delle parti; quindi esso deve valere dappertutto.

Perchè questo principio, formulato nel progetto, non è stato ammesso nel codice? Il Tribunato fece delle obbiezioni, pochissimo fondate, convien dirlo. Questa massima non è stata giammai contestata, esso diceva; ma la dicitura potrebbe essere migliore. Il testo del progetto non faceva che riprodurre l'adagio latino: *locus regit actum.* Questa regola soffre delle eccezioni; per meglio dire, vi son delle forme alle quali non si applica punto. Convaliderà essa, domandava il Tribunato, il matrimonio che un minore andrebbe a contrarre, senza il consentimento del suo genitore, nei paesi italiani retti dal Concilio di Trento? No, certo, rispondeva Portalis, e per una ragione semplicissima, cioè che il consenso non è una forma, ma una condizione del matrimonio: non vi è che la forma in cui il consenso si estrinseca ch'è regolata dalla legge ove il matrimonio è stato celebrato; quanto alle condizioni richieste per la validità del matrimonio,

(1) PORTALIS, *Esposizione dei motivi,* seduta del 3 frimaio anno X (LOCRÈ t. I, p. 234, n. 4).

(2) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano,* tradotto da GUENOUX, t. VIII, pag. 345.

come sarebbe il consenso, esse riguardano lo stato delle persone, e sono dunque regolate dalla legge personale. La risposta era decisiva. Nondimeno nell'ultimo progetto sottoposto al corpo legislativo l'articolo fu soppresso. Significa ciò forse che l'adagio non sia punto ricevuto nel diritto francese? Il Tribunato stesso confessava ch'era una massima incontestata; e il codice l'ha consacrata in parecchie disposizioni (articoli 47, 170, 999 (1).

81. Noi abbiamo riassunti i principii stabiliti dal codice civile sulle leggi che regolano gli stranieri. Essi son lungi dall'essere completi. Qual'è la legge che regola lo stato dello straniero e la sua capacità? È la legge francese o la legge straniera? Il codice non lo dice punto. Quale è la legge che regola i beni mobili che lo straniero possiede in Francia? Il codice non dà alcuna risposta diretta a siffatta quistione. Da ciò una grande diversità d'opinioni, e fra gli autori e nella giurisprudenza. Non è solamente il silenzio del codice che ha dato luogo a controversie interminabili. L'incertezza è grande del pari quando si tratta d'applicare i principii stabiliti dall'art. 3, i quali sono tradizionali; il codice li ha presi dall'antico diritto. Si chiamavano altra volta *statuti personali* e *reali* ciò che si dicono oggidì *leggi personali* e *reali*. La distinzione è nata dalla diversità infinita dei costumi. Beaumanoir dice nel *Proemio* delle antiche consuetudini del Beauvoisis: « Le consuetudini sono così diverse che non si potrebbero trovare, nel regno di Francia, due castellanie, le quali nello stesso caso usassero la medesima consuetudine ». Era lo stesso in tutti i paesi regolati dal diritto consuetudinario. In Germania la diversità superava tutto ciò che si può immaginare. A Breslau v'erano cinque leggi differenti sul diritto di successione; sovente il diritto variava da una casa all'altra: cosa prodigiosa! una casa, collocata sul limite di due giurisdizioni, era regolata da due leggi differenti (2). Queste consuetudini locali regolavano i rapporti di vicini, di concittadini: quale legge bisognava applicare alle loro relazioni? lo statuto che regolava la persona per ragion della sua nascita o del suo domicilio, ovvero lo statuto che regolava i beni per ragione della loro situazione? La risposta a siffatta quistione non fu sempre la medesima nelle diverse epoche del diritto. Nel secolo XVIII la distinzione degli statuti personali e reali aveva ricevuto tutto il suo sviluppo. Devesi dunque dire che v'era una dottrina ferma, certa?

D'Aguesseau, l'illustre Cancelliere, formulò la distinzione degli statuti in questi termini: « Il vero principio, in questa materia, è che bisogna distinguere se lo Statuto ha direttamente per oggetto i beni, o la loro applicazione ad alcune persone, o la loro conservazione nelle famiglie, di modo che non sia l'interesse della persona di cui si esaminano i diritti o le disposi-

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 7 e 8.
(2) SAVIGNY, *Trattato del diritto romano*, t. VIII, p. 23, nota *c*.

zioni, ma l'interesse d'un'altra, di cui si tratta d'assicurare la proprietà o i diritti reali, che ha dato luogo a fare la legge; o se, al contrario, tutta l'attenzione della legge s'è rivolta verso la persona per decidere, in generale, della sua abilitazione o della sua capacità generale ed assoluta, come allorquando si tratta di minori o di maggiori, di padre o di figli legittimi od illegittimi, di abilitato od inabilitato a contrattare per cause personali. Nel primo caso, lo statuto è reale; nel secondo, è personale » (1).

Il principio sembra chiaro e semplice. Tuttavia nell'antico diritto i giureconsulti non erano concordi che sopra un punto, la difficoltà, diciamo meglio, l'impossibilità contro la quale essi urtavano quando volevano applicarlo. Voet dice che le controversie sulla realità e personalità degli statuti sono quasi insolubili (2). Il presidente Bouhier, ingegno chiarissimo, dichiara « che non vi sono questioni più intrigate e più spinose » (3). L'imbarazzo di Froland, che ha scritto eccellenti *Memorie* sulla materia, è quasi comico. « Confesserò di buona fede, egli dice, che io mi sono ingannato spessissimo, non ostante tutte le mie attenzioni. Uno s'immagina di essere abilissimo e di avere scoperto il mistero, quando si sa che lo statuto *reale* è quello che riguarda il fondo, che lo statuto *personale* è quello che riguarda la persona, e intanto con tutte queste definizioni si è ancora all'alfabeto e si conosce pochissima cosa, poichè tutto il nodo della difficoltà consiste nello scoprire e distinguere nettamente quando lo statuto riguarda il fondo o la persona. Io ho visto bene spesso i nostri più eccellenti ingegni imbarazzatissimi a fare questa distinzione » (4).

Froland non esagera. La scienza del diritto non conta certo nomi più grandi di quello di Carlo Dumoulin. Lo si celebra come l'oracolo del diritto consuetudinario; egli, pel primo, stabilì un principio giuridico che serviva a distinguere gli statuti personali e reali, insistendo sull'oggetto principale che avevano in vista: ebbene, è tale l'insormontabile difficoltà di questa materia, che lo si accusava d'essersi ingannato nell'applicazione. Un giureconsulto di cui l'autorità è grande gli fece un'aspra guerra; là ove Dumoulin vedeva uno statuto personale, d'Argentrè scorgeva uno statuto reale. È inutile soggiungere che la giurisprudenza era scissa così come la dottrina (5).

---

(1) D'Aguesseau, 54, *Plaidoyer* (*Oeuvres*, t. IV, edizione in-4, pag. 639 e seg., 670).

(2) « Intricatissimae ac prope inexplicabiles controversiae » (Voet, *ad Pandect.*, lib. I, tit. IV, pars II, n. 1)

(3) Bouhier. *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXII, Oeuvres, l. 1, p. 654.

(4) *Mémoires concernants la nature et la qualité des statuts*, par Froland, t. I, p. 13 e seg.

(5) Froland, *Mémoires*, t. I, p. 92 e seg. e 26 e seg.

82. Il codice ha posto fine, in molte materie, alle controversie ed alle incertezze dell'antico diritto. Esso si è limitato, in quanto agli statuti, a riprodurre la teoria tradizionale: non v'ha se non questa differenza, che le quistioni, le quali s'agitavano altra volta, circa le diverse consuetudini, fra gli abitanti di uno stesso paese, non si presentano più, dopo l'abrogazione delle consuetudini, che tra il francese e lo straniero. Ma le relazioni internazionali, estendendosi ogni giorno sempre più, moltiplicano le difficoltà. Avendo il codice mantenuta l'antica dottrina, son gli antichi principii che s'invocano per risolverle. Una sentenza della Corte di cassazione del 27 febbraio 1817 riproduceva testualmente la distinzione insegnata da D'Aguesseau, e Merlin ha seguito passo per passo i principii stabiliti dai nostri antichi giureconsulti e formulati nel secolo XIII da Bouhier, Boullenois e Froland (1). Un autore moderno, che ha scritto un trattato sugli statuti, gliene ha fatto vivi rimproveri. « Mi sembra vedere, dice Mailher da Chassat, degli abili maestri nell'arte della scherma cominciare dal bendarsi gli occhi, lanciarsi in seguito i più aspri assalti, e, aiutati da una certa industria risultante dall'abitudine e dall'istinto, talvolta scontrarsi » (2).

Siamo più rispettosi per i nostri maestri e confessiamo che non è loro colpa se i più grandi non riuscirono che all'incertezza. Egli è certo che Merlin si è ingannato, poichè su parecchie quistioni egli ha mutato parere, considerando un solo e medesimo statuto ora come personale, ora come reale. Ma a chi la colpa? Si legge in una Raccolta dedita a riassumere le dottrine dominanti, poggiandosi sulla giurisprudenza: « Una teoria *assoluta* ci sembra impossibile in questa questione. Gli autori che ne han fatto il tentativo non han potuto intendersi, quando si è trattato di considerare separatamente e di qualificare ciascun statuto particolare (3). Questa confessione d'impotenza è caratteristica. Non vi è materia, per spinosa che sia, la quale non abbia principii certi. Come va che, dopo un lavoro secolare, la scienza dichiara che è impossibile arrivare ad una teoria certa sugli statuti? Un antico, ed uno dei migliori, si meraviglia dell'incertezza che regnava nella dottrina. « È ben strano, dice Bouhier, che in un secolo così illuminato come il nostro i buoni ingegni non possano sceverare la verità dall'errore! » (4). Crediamo che non vi sia se non una risposta a dare a queste perplessità, cioè che deve esservi un vizio nei principii che si considerano come veri. Se lo fossero realmente, si concepirebbe che giureconsulti eminenti, come Dumoulin e Merlin, siansi ingannati applicandoli? Questi singolari difetti autorizzano per

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Testament*, sez. I, § 5, art. 1, e alla parola *Majorité*, § 5.

(2) Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 33

(3) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Loi*, n. 387.

(4) Bouhier, *Observations sur le coutume du Bourgogne*, chap. XXX, n. 14 et 15.

lo meno il dubbio. Noi cominceremo dall'esporre le opinioni contrarie che si son fatte strada nella dottrina e nella giurisprudenza. Dopo ciò, esporremo le nostre obbiezioni e i nostri scrupoli sui principii tradizionali consacrati dal codice civile.

§ 2. — *Delle leggi personali.*

83. L'art. 3 del codice prescrive che leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone regolano anche i Francesi residenti in paese straniero. Si domanda s'è lo stesso delle leggi che regolano lo stato e la capacità degli stranieri nel paese cui appartengono; seguono esse pure lo straniero in Francia? Merlin risponde senza es tare che lo straniero ha il suo statuto personale, come il francese ha il suo, e che si deve ammettere per lo straniero il medesimo principio che pel francese, a titolo di reciprocità, egli dice. Non sarebbe meglio dire per ragione di analogia? Laddove v'ha la medesima ragione di decidere la decisione dev'essere la medesima. Ora, vi è identità assoluta fra la condizione dello straniero in Francia e quella del francese all'estero. Una cosa tuttavia è singolare, cioè che il legislatore determina da quale legge il francese sarà regolato all'estero, il che non gli appartiene certo di fare in modo assoluto, mentre non dice nulla della legge che regolerà lo straniero in Francia, il che aveva il diritto di fare e che avrebbe dovuto fare; ciò non fu se non per conciliarsi il favore delle nazioni straniere, dando l'esempio di quella cortesia internazionale sulla quale riposa la teoria degli statuti personali. I lavori preparatorii del codice ci apprendono come si è pervenuti al testo attuale dell'articolo 3.

Il titolo preliminare, redatto dalla Commissione, pareva che rigettasse lo statuto personale per lo straniero residente in Francia. Esso disponeva: « La legge obbliga indistintamente coloro che abitano il territorio; lo straniero vi è sottomesso per i beni che vi possiede e per la sua persona durante la sua residenza ». Veniva in seguito un articolo che stabiliva lo statuto personale pel francese residente in paese straniero (1). Al Consiglio di Stato Tronchet criticò questa dicitura; egli disse che lo straniero non è sottoposto alle leggi civili che regolano lo stato delle persone; nondimeno si limitò a sopprimere la parola *indistintamente.* Nella sua prima *Esposizione dei motivi* del Titolo preliminare Portalis pareva che mantenesse il principio che sottoponeva totalmente lo straniero alla legge francese. « La legge, egli dice, obbliga tutti coloro che vivono sotto il suo impero. Abitare il territorio è sottomettersi alla sovranità ». Non si dichiarava con ciò che tutte le leggi francesi formavano

(1) Libro preliminare, t. IV, articoli 4 e 5. LERMINIER, *Introduction à l'histoire du droit*, cap. XX.

uno statuto reale per lo straniero? Più tardi il Tribunato propose la dicitura ch'è passata nell'art. 3: la disposizione che aveva sollevata l'obbiezione di Tronchet fu soppressa (1).

84. Bisogna conchiudere da ciò che il legislatore ha inteso considerare lo straniero alla medesima stregua che il francese in ciò che concerne lo statuto personale? Gli autori e la giurisprudenza sono divisi. L'opinione la più seguita, e ch'è certamente la più giuridica, applica allo straniero il principio dell'art. 3 (2). Tuttavia il silenzio del Codice lascia sussistere qualche dubbio: lo si è invocato per sostenere che la dottrina, non essendo punto legata da un testo, avesse una certa latitudine in questa materia. Valette ha proposto un sistema intermedio fra lo statuto personale e lo statuto reale. Egli ammette come regola generale che lo straniero è regolato dalla legge personale del suo paese, ma fa due eccezioni: la prima distrugge, per così dire, il suo principio; la legge straniera cesserebbe d'essere applicabile ogni qualvolta il francese che contratta con lo straniero vi avesse un interesse. Così lo straniero, d'età minore secondo la sua legge personale, sarà maggiorenne secondo la legge francese, se ha ventun anni. Valette dice che non vi sarebbe più sicurezza per i Francesi che contrattano con uno straniero, se costui, all'età di oltre ventun anno, potesse farsi sciogliere dalle sue obbligazioni, allegando di essere minorenne secondo la legge del suo paese. Vi sono sentenze in questo senso (3).

Questa opinione ha trovato favore in Francia (4), ma dubitiamo che sia ben accolta all'estero. Il silenzio del codice civile non può avere per conseguenza di mutare la natura dei principii dando loro una maggiore elasticità. Abbiamo di fronte due principii fra cui bisogna scegliere; o la legge personale dello straniero, la quale regola il suo stato e la sua capacità, o la legge francese; ma non si concepisce che debba valere ora l'una, ora l'altra. Nel silenzio del codice, il giudice non gode d'una piena libertà, egli è legato dalle regole del diritto. Ora, vi è una regola elementare che gli comanda d'applicare le disposizioni della legge per via d'analogia, allorchè v'è una medesima ragione di decidere. Nel caso concreto vi è più che analogia, v'è identità. Vi sono leggi personali per loro natura, e la natura delle leggi non cambia secondo ch'è un francese od un inglese in causa. Senza dubbio, il legislatore potrebbe sanzionare il sistema di Valette; la sua missione è di invigilare sull'interesse dei cittadini, e in caso di conflitto egli può

(1) Locré, t. I, p. 228. Foelix, *Traité du droit international privé*, p. 44.
(2) Confronta gli autori e le sentenze citate da Foelix, p. 45. Bisogna aggiungervi Marcadé, sull'art. 3, n. 3, p. 44.
(3) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 85 e seg.
(4) Essa è seguìta da Demolombe. *Cours de code Napoléon*, t. 1, p. 113, n. 98; da Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 385.

decidersi per l'interesse francese. Ma la missione del giudice è tutt'altra; egli non è chiamato a ponderare e a conciliare interessi diversi, deve applicare agl'interessi che sono in collisione una regola invariabile. Non gli è permesso di piegare il diritto secondo gl'interessi: sono, al contrario, gli interessi che devono piegare sotto al diritto. La dottrina dell'interesse francese sconvolge i poteri, trasformando il giudice in legislatore. È necessario mantenere ciascun potere nei limiti delle sue attribuzioni: all'uno appartiene di regolare gl'interessi, all'altro di decidere secondo il diritto.

85. Valette ammette una seconda eccezione alla legge personale. Se lo stato, che lo straniero ha in virtù delle leggi del suo paese, è contrario all'ordine pubblico come vien regolato dalla legge francese, è la legge francese che prevarrà. L'eccezione è giuridica, ma ci sembra mal formulata. Bisogna intenderci sul senso dell'espressione *ordine pubblico;* essa s'applica d'ordinario alle leggi che concernono lo stato e la capacità delle persone. Presa in questo senso, l'eccezione distruggerebbe la regola, poichè equivarrebbe a dire che le leggi francesi debbono ricevere la loro applicazione sullo straniero dal momento che sono in opposizione con la sua legge personale: non sarebbe questo negare lo statuto personale? È d'uopo restringere l'eccezione e limitarla alle leggi che derivano dal diritto pubblico o che interessano i buoni costumi. Tali sono le leggi penali che considerano la poligamía come un delitto; è evidente che il legislatore non può permettere allo straniero di commettere un delitto, sotto il pretesto che questo delitto è per lui l'esercizio di un diritto, secondo la legge del suo paese. Tali sono ancora le leggi politiche che hanno per oggetto lo stato delle persone. La libertà è il principio fondamentale del nostro ordine sociale; perciò il legislatore non può permettere allo straniero di portarvi offesa invocando il suo statuto personale. Questa eccezione che riceve lo statuto personale risulta dal testo medesimo del codice che stabilisce il principio delle leggi personali: l'art. 3 sottopone infatti lo straniero alle leggi di polizia e di sicurezza (1).

86. Merlin domanda se il francese che ha perduto la sua nazionalità per l'una delle due cause determinate dagli articoli 17, 19 e 21 rimanga sottoposto alle leggi francesi concernenti lo stato e la capacità delle persone. Egli risponde: no: L'art. 3 non parla che dei Francesi; esso non s'applica dunque a coloro che abdicano alla loro patria e divengono stranieri (2). La soluzione ne è evidente. Quale sarà lo statuto personale del francese di-

(1) La Corte di Parigi ha deciso che, la ricerca della paternità essendo vietata dal codice Napoleone, lo straniero non può, in virtù del suo statuto personale, ricercare il suo genitore (Sentenza del 2 agosto 1866, in DALLOZ, *Recueil,* 1867, 2, 41). La ricerca essendo vietata per cause di moralità, noi crediamo che la sentenza abbia fatta una giusta applicazione dei principii.

(2) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Loi,* § 6, n. 4.

venuto straniero? Se il francese, che perde la sua qualità di francese, acquista una nazionalità straniera, non v'ha dubbio: sarà regolato, quanto al suo stato e alla sua capacità, dalle leggi della sua novella patria. Ma avviene talvolta che colui il quale perde la sua nazionalità non acquista una nuova nazionalità: si può, legalmente parlando, essere senza patria, straniero dappertutto. Il francese che accetta funzioni pubbliche all'estero perde la sua qualità di francese, e non acquista sempre la qualità d'indigeno colà ove esercita queste funzioni. S'egli si stabilisce nel Belgio senza l'intenzione di ritornare cesserà d'essere francese e non sarà belga. Quale sarà il suo statuto personale? Non avendo egli nazionalità, non può invocare il beneficio delle leggi personali che sono annesse alla nazionalità. Sarà dunque in tutto regolato dalle leggi del paese ove risiede. Infatti, la legge estende il suo impero su tutti coloro che si trovano sul suo territorio. Questo principio riceve eccezione per gli stranieri che hanno uno statuto personale; quanto a coloro che non ne hanno, restano sottoposti alla legge del paese ove sono stabiliti, sì pel loro stato che per tutte le loro relazioni giuridiche.

L'art. 19 dà luogo a un singolare conflitto; esso prescrive che la donna francese la quale sposa uno straniero segue la condizione del suo marito. Che divenga straniera è certo, ma acquista per ciò la nazionalità del marito? Tale quistione non può essere decisa dalla legge francese; non appartiene a questa attribuire una nazionalità straniera. Ora, si trova che una francese che sposa un inglese non diviene inglese. Quale sarà il suo statuto personale? Demangeat risponde che i tribunali francesi debbono considerarla come inglese conformemente all'art. 19; che, per conseguenza, il suo stato e la sua capacità saranno regolati dalla legge inglese (1). Ciò non è ammissibile. Il codice può ben far perdere la sua nazionalità ad una donna francese che sposa un inglese, ma non può conferirle la qualità d'inglese. Invano si dice che ogni persona deve avere uno statuto; sì, ogni persona che abbia una nazionalità, non quella che non ne ha alcuna. È necessario applicare il principio che noi abbiamo esposto: la donna che sposa un inglese, essendo straniera dappertutto, non avrà statuto personale; il suo stato sarà regolato dalla legge del paese ove abita.

Il conflitto di nazionalità talvolta dà luogo a quistioni le più singolari. Giusta l'art. 10, il figlio nato da un francese in Inghilterra è francese, mentre, secondo le leggi inglesi, questo medesimo figlio è inglese. Quale sarà il suo statuto personale? Vi sono due patrie, avrà dunque due statuti. Ciò è assurdo, poichè è principio che non si può avere più d'una patria. Ecco intanto un caso ove legalmente una persona ne ha due. Se la quistione del suo statuto si presenta innanzi ad un tribunale inglese, gli si applicherà certamente la legge inglese; se si presenta innanzi

---

(1) DEMANGEAT, nella *Revue pratique du droit français*, t. I, p. 52.

a un tribunale francese, gli si applicherà l'art. 3 del codice civile, e per conseguenza la legge francese. Ecco un conflitto che le leggi non possono togliere, i tribunali ancor meno; non potrebbe esser tolto se non con un trattato.

Può presentarsi un caso più strano. Un francese, avendo figli, si fa naturalizzare in Ispagna, e diviene spagnuolo, mentre i suoi figli restano francesi; dunque il suo statuto personale sarà la legge spagnuola, e quello dei suoi figli la legge francese. Ma da quale legge sarà regolata la patria potestà? Demolombe vuole che lo sia dalla legge francese, in virtù dell'art. 3 (1). Ma questo articolo non decide la quistione; esso attribuisce uno statuto ai figli, ma non dice però che, in caso di conflitto di questo statuto con quello del padre, prevarrà lo statuto francese. Si potrebbe dire che la patria potestà è piuttosto un dovere che un diritto; che il vero diritto è quello dei figli ad essere allevati, che per conseguenza dev'essere seguito lo statuto dei figli. Ma si risponderebbe che ciò è vero secondo il diritto francese, ma non è poi vero secondo il diritto romano. E anche secondo la legislazione francese vi son dei diritti inerenti alla patria potestà: il padre li eserciterà secondo il diritto francese, quando egli è spagnuolo? Il conflitto, anche in questo caso, non può essere tolto che mediante un trattato.

87. Vi è un principio che discende da quanto abbiamo detto, cioè che lo statuto personale dipende dalla nazionalità. Grandi giureconsulti, Merlin, Savigny, partono, al contrario, dal principio ch'è la legge del domicilio che regola lo stato delle persone; ma questa dottrina è in opposizione con l'art. 3 del codice, e con i motivi sui quali è fondato. La legge parla dei Francesi, e lo statuto personale dei Francesi è dunque determinato dalla loro nazionalità; perdendola, cessano per ciò stesso d'essere sottoposti alla legge francese, quanto al loro stato e alla loro capacità; ma vi restano sottoposti finchè conservano la loro nazionalità. Ancorchè trasportino il loro domicilio all'estero, non cessano per questo di essere Francesi; e come tali sono necessariamente regolati dalle leggi francesi, pel loro stato e capacità. Se Merlin suppone sempre che lo statuto dipende dal domicilio, gli è perchè è stato educato sotto l'impero dell'antico diritto francese; a quest'epoca, la quistione degli statuti s'agitava fra nazionali, laonde il domicilio era decisivo. Se Savigny pone come principio che il domicilio determina lo statuto, gli è perchè in Prussia vi son leggi differenti nelle diverse provincie: è dunque una condizione analoga a quella dell'antica Francia. Ma quando la controversia esiste fra persone di nazioni diverse, il domicilio è indifferente; è la nazionalità che decide, poichè lo statuto personale è una dipendenza della nazionalità.

I testi dànno luogo ad alcune obbiezioni. Si è invocato l'art. 13, che sembra assimilare lo straniero domiciliato in Francia al fran-

(1) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 133, n. 101.

cese per il godimento di tutti i diritti civili; ciò non equivale a dire che anche il suo stato è regolato dalla legge francese? e lo straniero stesso non ha manifestata la volontà d'essere governato dalla legge francese, chiedendo l'autorizzazione di stabilire il suo domicilio in Francia (1)? No, l'art. 13 è estraneo alla quistione degli statuti. Esso offre allo straniero un mezzo d'acquistare il godimento dei diritti civili in Francia: tale è il suo unico scopo. Dal fatto che lo straniero domiciliato gode dei diritti civili non si può conchiudere che l'esercizio di tutti questi diritti, naturali o civili, sia regolato dalla legge francese. Questa quistione è decisa dall'art. 3, e la sua soluzione dipende dalla distinzione degli statuti personali e reali. Quanto alla volontà dello straniero, essa è impotente; durante tutto il tempo in cui conserva la sua nazionalità non può sottrarsi alle conseguenze che questa apporta; non vi è che un mezzo per isciogliersi da questo legame: esso consiste nell'abdicare alla sua patria.

S'insiste e si pretende che l'art. 3 da noi invocato decida la quistione contro la nostra opinione. Esso parla del francese *residente* all'estero; suppone dunque che il francese è regolato dalla legge francese finchè non ha che una semplice *residenza,* il che implica che, se vi acquista domicilio, cesserà d'essere sottoposto alla legge francese. È questo il senso della parola *residente?* Vi è una ragione ben semplice per la quale il codice civile parla del francese residente in paese straniero: cioè che in generale il francese, ancorchè vada a stabilirsi altrove, conserva il suo domicilio in Francia; la legge dovea dunque dire *residente.* Egli è vero che il francese può acquistare un domicilio all'estero, ma nondimeno ha la sua nazionalità e per conseguenza la sua legge nazionale. È vero ancora che se il francese domiciliato all'estero vi contratta, se, per esempio, si marita, le sue convenzioni matrimoniali saranno regolate dalla legge straniera, come lo straniero domiciliato in Francia, il quale vi si marita, è maritato sotto il regime della comunione legale, come è organizzata dalla legge francese; ma ciò nulla ha di comune con lo statuto personale: è una quistione d'intenzione, come proveremo a suo luogo. In quella vece lo statuto personale non dipende per nulla dalla volontà degl'individui; è solo indirettamente che sta in loro potere di cambiare statuto, cangiando di nazionalità. Il domicilio non determina lo statuto che quando una persona non ha più nazionalità, quando è straniera dappertutto: ma allora non è più quistione di statuto personale.

88. Ora veniamo alle difficoltà cui dà luogo la distinzione degli statuti. Le leggi che regolano la famiglia sono essenzialmente leggi personali. È dunque la legge straniera che deci-

(1) DEMANGEAT, *Du Statut personnel* (*Revue pratique de droit français*), t. 1, p. 66.

derà se le tali persone sono fra di loro nei rapporti di padre o di figlio, legittimo o naturale; se le tali altre sono coniugi, se maggiori o minori. Non è solamente lo stato ch'è regolato dalla legge straniera, ma anche la capacità; l'art 3 è formale: inoltre lo stato e la capacità sono inseparabili. È lo stesso dei diritti e delle obbligazioni che risultano dallo stato; poichè lo stato non è nulla senza i diritti e le obbligazioni che ne derivano. Ciò non è dubbio quando la quistione dello statuto si dibatte fra stranieri; allorchè vi è un francese ed uno straniero in causa, la dottrina dell'interesse francese è invocata per modificare o neutralizzare gli effetti dello statuto. Noi abbiamo respinta questa dottrina come principio: respingiamo ancora le applicazioni che se ne fanno.

Si domanda se uno straniero possa reclamare gli alimenti da un parente francese; si suppone ch'egli vi abbia diritto secondo la legge francese, ma non secondo la legge del suo paese. Non vi è dubbio in questa ipotesi; lo straniero essendo regolato dal suo statuto personale, non può reclamare diritti che questo statuto non gli accorda. Ma come bisogna decidere se lo statuto straniero gli dà diritto agli alimenti e la legge francese glieli ricusa? Si decide che sarà applicata la legge francese, perchè il preteso debitore è francese; ora, costui può invocare il suo statuto personale, secondo il quale non deve alimenti al suo parente straniero (1). Essendovi conflitto fra i due statuti, quale deve prevalere? A nostro parere, è lo statuto che accorda un diritto allo straniero: può questo statuto diventare inefficace perchè il diritto è esercitato in Francia? Allora si deroga allo statuto personale, e vi si deroga per un interesse francese: ora la quistione degli interessi opposti è una quistione in cui sono in causa dei diritti; e ogni diritto deve poter essere esercitato, altrimenti non è più un diritto. Invano il francese direbbe che la legge francese non riconosce il diritto dello straniero; essa lo riconosce sol perchè riconosce lo statuto straniero; poichè essa ammette che lo straniero gode d'uno stato per ragione del quale ha un diritto, deve anche ammettere questo diritto. Rimane nondimeno qualche dubbio, a cagione dello statuto personale del debitore. È questo ancora uno di quei conflitti che non possono essere definitivamente risoluti che per mezzo di un trattato.

89. Le leggi concernenti il matrimonio formano certamente uno statuto personale, poichè esse regolano lo stato dei coniugi, e questo stato produce l'incapacità della donna maritata. Da ciò segue che la capacità richiesta per contrarre matrimonio è regolata dallo statuto dello straniero. La Corte di Parigi ha fatta l'applicazione di questo principio in un caso memorabile. Uno spagnuolo, cappuccino e diacono, si era maritato con una francese, dopo avere ottenuto l'autorizzazione di fissare il suo

(1) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Loi*, n. 392.

domicilio in Francia, ma avendo cura di nascondere il suo stato. La moglie domandò la nullità del matrimonio in virtù della legge spagnuola; il tribunale di prima istanza rigettò la domanda, ma la Corte l'ammise. Non può esservi matrimonio, essa disse, che fra persone capaci di maritarsi; ora, questa capacità, come tutto ciò che interessa lo Stato, si regola con lo statuto personale proprio della persona, e la segue in qualunque luogo essa vada. Busqueta, cappuccino e diacono, era per questo doppio titolo incapace di contrarre matrimonio; la fuga d'un apostata sopra un suolo straniero, per sottrarsi alle pene in cui è incorso colle sue azioni, non può dargli una capacità che le leggi del suo paese gli ricusano; il decreto ch'egli ha carpito non ha cancellata l'incapacità inerente alla sua persona, effetto inevitabile della legge del suo paese. Non si potrebbe convalidare il matrimonio senza andare incontro ad una conseguenza mostruosa, cioè che la sua unione, nulla in Ispagna, sarebbe valida in Francia, quantunque lo stato che lo rende inabile a maritarsi sia indelebile (1).

Vi è una sentenza in senso contrario. La Corte di Caen ha giudicato che uno straniero può validamente contrarre matrimonio in Francia, ancorchè fosse colpito d'incapacità per le leggi del suo paese, se è capace secondo le leggi francesi (2). Noi non possiamo tener alcun conto di questa sentenza, poichè nega lo statuto personale dello straniero. Dal momento che si ammette che vi è uno statuto personale, è evidente che bisogna comprendervi le leggi che regolano il matrimonio. Noi abbiamo tuttavia qualche dubbio sull'applicazione che la Corte di Parigi ha fatta del principio dell'art. 3 al monaco spagnuolo. Il monaco è considerato come morto civilmente. Ora la morte civile che colpisce un uomo vivente, in conseguenza d'un voto religioso, è contraria alla legge francese, che non riconosce nè voti, nè ordini monastici. Non è questa una delle regole di diritto pubblico che fanno eccezione allo statuto personale dello straniero? Può la legge spagnuola ricevere la sua applicazione in Francia, allorquando essa è contraria ad un principio di libertà naturale consacrato dal legislatore francese? Noi non esiteremmo a decidere in questo senso secondo il diritto pubblico belga. Infatti l'art. 13 della nostra costituzione dispone che la morte civile è abolita, e che non può essere ristabilita. Questo articolo è collocato sotto il titolo che tratta dei Belgi e dei loro diritti; gli è dunque uno di quei principii fondamentali che costituiscono e caratterizzano il nostro stato politico. Ciò vuol dire che la legge costituzionale deve prevalere sullo statuto straniero, il quale stabilisce una specie di servitù religiosa. Se la Corte di Parigi non si è preoccupata di queste considera-

(1) Sentenza della Corte di Parigi del 13 giugno 1814 (DALLOZ, *Répertoire*, alla palora *Lois*, n. 408).

(2) Sentenza del 16 maggio 1846, *Recueil* di DALLOZ, 1847, 2, 33.

zioni, è perchè essa stessa, a quanto sembra, ha subito l'impero dei pregiudizii nati dal cattolicismo: vi è, infatti, una passione religiosa nella riprovazione di cui essa colpisce l'*apostata* spagnuolo. Noi non intendiamo scusare menomamente le sue azioni, le quali, del resto, sono estranee alla quistione di diritto: quanto all'apostasia, non può più essere una nota d'infamia colà ove la libertà del pensiero è scritta nella Costituzione; questa libertà dev'essere mantenuta in favore dello straniero come dell'indigeno, poichè essa ha altrettanta importanza quanto l'abolizione della schiavitù, essendo la servitù del pensiero la peggiore delle schiavitù.

90. Egli è certo che lo statuto personale, che regola la capacità a maritarsi, riceve eccezione quando consacra uno stato ch'è un delitto secondo le leggi francesi. Tale è la poligamia. Lo statuto personale è qui annullato dalla regola fondamentale proclamata dall'art. 3, che le leggi di polizia e di sicurezza obbligano tutti quelli che abitano il territorio. Tuttavia lo statuto personale che permette la poligamia riprenderebbe il suo impero nei casi in cui l'ordine pubblico non fosse leso dalla sua applicazione. Un matrimonio poligamico è contratto all'estero; esso è valido giusta lo statuto personale dei coniugi; da quest'unione nascono figli; saranno essi considerati in Francia come figli naturali, adulterini? Non esitiamo a rispondere negativamente; qui non v'ha più delitto, poichè il matrimonio è stato celebrato all'estero; si tratta unicamente di constatare lo stato dei figli nati da un matrimonio legale; ora, quest'apprezzamento deve farsi secondo la legge straniera, e si può fare senza pregiudizio alcuno pel nostro ordine pubblico. Infatti il giudice che applica lo statuto personale non dà con ciò la sua approvazione al matrimonio poligamico, non è chiamato nè ad approvare, nè a disapprovare: esso applica una legge straniera.

Il legislatore francese è andato più oltre. Si legge in una circolare ministeriale del 10 maggio 1824, che gli stranieri, i quali maritansi in Francia, sono sottoposti, come i sudditi del re, alla necessità di ottenere delle dispense, nei casi determinati dal codice, ancorchè la legge del loro paese non imponga loro questo obbligo. La circolare si fonda su ciò, che il matrimonio è regolato, quanto alla forma, dalla legge del paese ove è celebrato (1). È questa una falsa applicazione dell'adagio *locus regis actum*, poichè le dispense riflettono le condizioni intrinseche richieste per la validità del matrimonio, e non la forma della celebrazione. Un'altra circolare del 29 aprile 1832 invoca l'*ordine pubblico* e i *buoni costumi* per sottomettere gli stranieri alle leggi che esigono una dispensa per l'età (2). Noi non possiamo ammettere questa dottrina, che troveremo in molte decisioni, poichè essa tende a negare lo statuto personale dello

(1) Sirey, *Recueil d'arrêts*, 1829, 2, 285.
(2) Duvergier, *Collection des Lois*, 1852, p. 113.

straniero. Che s'intende, infatti, per leggi personali? Quelle che regolano lo stato e la capacità delle persone; ora, queste leggi sono, nella loro essenza, d'*ordine pubblico* (1). Se dunque si dichiarano tutte le leggi di ordine pubblico applicabili agli stranieri, si viene per ciò stesso a sottometterli alle leggi francesi per quel che concerne il loro stato e la loro capacità, il che equivale a negare il loro statuto personale.

91. La capacità della donna maritata è uno statuto personale? S'essa è straniera, e se contratta in Francia, sarà regolata dalla legge del suo paese o dalla legge francese? A primo aspetto, si rimane meravigliati di vedere agitata la quistione, e più meravigliati ancora che Merlin abbia sostenuto dapprima il pro, indi il contro. Se una donna francese contrattasse all'estero, non bisognerebbe applicarle gli articoli 215 e 217 che la colpiscono di incapacità? La quistione non può essere neppure sollevata di fronte all'art. 3. Non dice esso che le leggi concernenti lo stato e la *capacità* delle persone regolano i Francesi residenti in paese straniero? Ora, se la legge che regola la capacità della donna francese è uno statuto personale, dev'essere lo stesso anche della legge che regola la capacità della donna straniera, poichè si tratta di un solo e medesimo principio stabilito da un solo e medesimo articolo, esplicitamente per i Francesi, implicitamente per gli stranieri.

Però nell'antico diritto la quistione era assai controversa. Merlin cominciò dal pronunziarsi per la personalità dello statuto, applicando il principio come D'Aguesseau lo aveva formolato. L'incapacità della donna maritata significa ch'essa non può fare alcun atto giuridico senza l'autorizzazione di suo marito. Perchè il legislatore esige quest'autorizzazione? È per conservare i beni nelle famiglie? È per assicurare la proprietà o i diritti reali? No, certo. La legge dichiara la donna incapace in causa della dipendenza nella quale essa è collocata; l'incapacità è una conseguenza della potestà maritale. Non sarebbe assurdo che la donna fosse dipendente in un paese, indipendente in un altro? che la donna fosse sottoposta alla potestà di suo marito per i tali immobili e che non vi fosse sottoposta per tali altri? ch'essa gli dovesse maggiore o minore rispetto, a seconda che passasse la tale o tal'altra frontiera? (2).

Ecco delle ragioni decisive per mantenere sempre la personalità dello statuto, che dichiara incapace la donna maritata. Perchè dunque Merlin ha mutato parere? Perchè lo statuto cede dinanzi alle leggi che sono d'ordine pubblico e di buon costume. Ora, tale è la legge che sottomette la donna alla potestà maritale. Coquille ce lo dice: « L'interdizione di contrarre durante il matrimonio ha il suo fondamento nella considerazione che una donna maritata, per convenienza, non deve avere co-

(1) Vedi retro n. 47, p. 74.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Autorisation maritale*.

municazione con altri senza lo scudo e il consenso del marito, per evitare il sospetto » (1). Noi abbiam risposto dapprima all'obbiezione dedotta dall'*ordine pubblico*. Quanto ai *buoni costumi*, se essi fossero realmente implicati nell'incapacità della donna maritata, bisognerebbe dire che l'interesse della moralità prevale sullo statuto personale. Ma è poi vero che la incapacità sia stabilita per un motivo di pubblica onestà? Coquille non lo dice. È in conseguenza del rispetto che deve al suo marito che non conviene ch'essa contratti con i terzi senza sua autorizzazione; è dunque per ragione della potestà maritale che essa è dichiarata incapace, donde segue che l'incapacità è di *ordine pubblico*, ma non interessa direttamente i *buoni costumi*. Ciò che lo prova ancora è che il codice civile permette di derogare all'incapacità della donna maritata (223, 1536): se i buoni costumi vi fossero interessati, questa derogazione non si concepirebbe. Si tratta dunque unicamente d'una di quelle leggi che regolano lo stato delle persone e l'incapacità che ne risulta. Queste leggi, benchè d'ordine pubblico, formano uno statuto personale.

Vi sono sentenze contrarie alla nostra opinione. Una donna francese sposa uno spagnuolo; perciò diviene spagnuola. Da questo momento il suo stato e la sua capacità sono regolati dalla legge di Spagna. Rientrata in Francia, rimane sottoposta allo statuto spagnuolo, che forma il suo statuto personale. Essa vi contrae un'obbligazione solidalmente col marito. Questa obbligazione sarebbe valida secondo la legge francese, come l'ipoteca consentita per la sicurezza del creditore, ma è nulla secondo la legge spagnuola, che non permette alla donna di obbligarsi solidalmente col marito. Il tribunale della Senna annullò l'obbligazione, fondandosi sullo statuto personale della donna che l'aveva sottoscritta, ma la Corte di Parigi revocò la sentenza; essa decise che bisognava apprezzare la capacità della donna spagnuola secondo le leggi francesi, poichè, se non si ammettesse questo principio, si sarebbe sottoposti ad altrettante leggi straniere quanti sono gli stranieri che abitano in Francia; il che costituirebbe una violazione dell'art. 3, il quale sottomette alla legge francese gli immobili posseduti dagli stranieri. Ma questo stesso articolo dice ancora che la capacità è regolata dalla legge personale degli stranieri: bisogna adunque vedere quale dei due statuti è applicabile; ora, lo statuto dell'incapacità è essenzialmente personale; esso deve dunque ricevere la sua applicazione in Francia. Vi saranno, è vero, tante leggi diverse quanti sono gli stranieri; ma che importa? È la conseguenza naturale e necessaria della personalità degli statuti. Che importa ancora che queste leggi non sieno pubblicate in Francia? La Corte di Parigi, che invoca questa ragione, dimentica che gli statuti perso-

(1) COQUILLE, *Sur la coutume du Nivernais*, cap. XXIII, art. I. MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet retroactif*, sez. III, § 2, art. 3, num. 3.

nali si applicano non come leggi francesi, ma come leggi straniere; basta dunque ch'esse sieno state pubblicate nei paesi ove sono state emanate. Non ostante la debolezza di queste ragioni, la Corte di cassazione rigettò il ricorso prodotto contro la decisione della Corte di Parigi; è vero però che non v'ha alcun testo che stabilisca lo statuto personale dello straniero, e quindi le decisioni che lo disconoscono non possono essere cassate per violazione di legge (1).

92. Lo scioglimento del matrimonio per mezzo del divorzio dà luogo a vive controversie. Si sa che, sotto l'influenza della reazione politica e religiosa che accompagnò la Restaurazione, il divorzio fu abolito in Francia da una legge del 16 maggio 1816; ma è stato conservato nel Belgio, ed esiste in tutti i paesi protestanti. Da ciò conflitti di diritti diversi, tanto difficili quanto importanti. Si domanda innanzi tutto, se gli stranieri, il cui statuto personale ammette il divorzio, possano divorziare in Francia. Gli autori francesi non discutono nemmeno la quistione, senza dubbio perchè la negativa, a loro parere, è evidente. Merlin è il solo che ne dice qualche parola. Egli suppone che, prima dell'introduzione del divorzio in Francia, due coniugi maritati in Polonia fossero venuti a stabilirvisi; la legge polacca permette il divorzio, e lo dichiara compatibile col dogma cattolico. Se l'uno dei coniugi avesse domandato il divorzio innanzi ai nostri tribunali, dice Merlin, certissimamente i giudici non avrebbero respinta quest'azione, sotto il pretesto che la legge francese non riconosceva il divorzio; essi l'avrebbero accolta pel fatto che il divorzio era riconosciuto dalla legge di Polonia (2). Supponendo che la domanda fosse promossa prima della introduzione del divorzio, Merlin ammette implicitamente che, se fosse stata inoltrata dopo la legge del 1816 che abolì il divorzio, i tribunali non l'avrebbero più accolta. Noi non vi vediamo però un ostacolo assoluto. Prima della Rivoluzione il divorzio era pur vietato dal diritto canonico, ch'era allora la legge dello Stato. Che importa che la proibizione sia sanzionata da una legge civile? La legge del 1816 vieta il divorzio tra Francesi; ma essa non può impedire che coniugi stranieri lo dimandino nel loro paese: s'essi possono divorziare all'estero, perchè non lo potrebbero in Francia? Forse perchè il divorzio vien considerato dal legislatore francese come una cosa immorale? Non è più immorale dopo il 1816 che non lo fosse prima dell'89. Come, inoltre, si potrebbe accusare il divorzio d'immoralità, allorchè esso esiste nella maggior parte d'Europa, allorchè nazioni cattoliche l'ammettono, allorchè la Sacra Scrittura degli Ebrei lo consacra?

---

(1) Sentenza del 7 luglio 1833 (DALLOZ, alla parola *Contrat de mariage*, n. 3914).

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Divorce*, sez. IV, § 10.

Gli Ebrei avevano, prima della Rivoluzione, il privilegio di governarsi secondo le loro usanze. Essi erano adunque stranieri, ma stranieri privilegiati. Ebbene, i tribunali francesi pronunziavano il divorzio di coniugi ebrei, quando essi lo chiedevano e quando era contestato. V'ha di più; a Roma essi divorziavano senza che il papa nè l'Inquisizione sognassero di mettervi ostacolo. Troplong ha ricordato questi fatti notevoli in una requisitoria ch'egli pronunziò innanzi la Corte di Nancy, nel 1826, come avvocato generale. Il sapiente magistrato non esitò punto a dichiarare che, sotto il reggimento attuale, i tribunali dovevano fare per tutti gli stranieri ciò che una volta facevano per gli Ebrei (1).

Questa dottrina ci sembra incontestabile. Tuttavia non vediamo che sino ad ora sia stata accolta dai tribunali francesi, e neppure sostenuta in giudizio (2). È uno di quei conflitti di leggi contrarie i quali non possono essere troncati che da un trattato. Ed è necessario che così avvenga, perchè è un diritto per i coniugi stranieri quello di divorziare; ed ogni diritto dev'essere tutelato quando non è in opposizione con un principio di diritto pubblico. Ora, l'impossibilità di divorziare in Francia può rendere il divorzio impossibile. Come raccogliere all'estero i documenti che attestano i fatti su cui si fonda la dimanda? Il diritto può dunque divenire inefficace, può perire, e un diritto che perisce accusa una cattiva organizzazione delle società umane. È necessario che i trattati decidano i conflitti di leggi contrarie, che troppo spesso riescono a un diniego di giustizia.

93. I coniugi divorziati all'estero possono contrarre un nuovo matrimonio in Francia? È avvenuto che qualche tribunale di prima istanza ha ammesso il matrimonio, fondandosi sullo statuto personale dello straniero che l'autorizza; ma le Corti d'appello lo han sempre rigettato. Fra le ragioni che esse invocano ve ne hanno di molto deboli. Quando è un francese che vuole contrarre matrimonio con una straniera divorziata, la Corte di Parigi dice che la straniera invano invocherebbe il suo statuto personale che le permette di rimaritarsi; che il francese, alla sua volta, è legato dalla legge francese, e che questa gli proibisce di maritarsi con una donna divorziata. Ci sembra che la quistione sia pessimamente enunciata. La straniera divorziata è colpita d'una incapacità, se si vuole applicarle la legge francese che abolisce il divorzio, ma dov'è l'incapacità del francese? Noi la cerchiamo invano. In realtà, le due parti sono capaci, la

---

(1) Si vegga il passo della requisitoria di Troplong in una requisitoria del procuratore generale Dupin (Dalloz, *Recueil périodique*, 1869, p. 59).

(2) La sentenza della Corte di cassazione del 28 febbraio 1860 la respinse in una delle sue considerazioni: « Non è permesso ai tribunali di ordinare o sanzionare dei doveri che gli ufficiali dello stato civile non potrebbero pronunziare » (Dalloz, 1860, t. I, p. 65). La Corte era presieduta da Troplong.

straniera in virtù del suo statuto personale, il francese in virtù della legge francese (1).

La Corte di Parigi ha data un'altra ragione che in apparenza è più plausibile: il matrimonio, dice, è d'ordine pubblico, esso è la garanzia della purità dei costumi e la base su cui riposa la famiglia e la società tutta intiera; da ciò essa conchiude che le leggi le quali ne regolano le condizioni sono obbligatorie per tutti in Francia; la legge del 1816 avendo abolito il divorzio, i tribunali francesi non possono più considerarlo come una causa di scioglimento del matrimonio; donde segue che il primo matrimonio infranto all'estero per una sentenza di divorzio deve essere considerato in Francia come ancora esistente, ciò che produce un impedimento dirimente a che ne sia contratto un secondo (2). Noi non ci peritiamo di dirlo, questa ragione non ci sembra più giuridica dell'altra. Senza dubbio, il matrimonio è d'ordine pubblico, ma tutte le leggi che riflettono lo stato e la capacità delle persone non sono esse pure d'ordine pubblico? Dunque, secondo il sistema della Corte di Parigi, tutte queste leggi sarebbero obbligatorie per gli stranieri! Ciò equivale a negare lo statuto personale dello straniero. Ma se lo si nega per lo straniero, come ammetterlo pel francese? Giacchè nei paesi stranieri si farà lo stesso ragionamento contro il francese; gli si dirà che esso è sottoposto alla legge straniera in tutto ciò che concerne il suo stato e la sua capacità, perchè ciò è d'ordine pubblico. Che diverrà allora l'art. 3 del codice che consacra lo statuto personale del francese?

È vero che lo statuto personale riceve un'eccezione; esso cede dinanzi ai principii di diritto pubblico. Si potrebbe così giustificare il sistema della Corte di Parigi, e dire che l'abolizione del divorzio è stata pronunziata per motivi di moralità pubblica, il che è certo un interesse sociale; che questo interesse deve avere la stessa forza che un principio costituzionale od una legge penale; che per questo titolo lo straniero è sottoposto alla legge che abolisce il divorzio. Noi comprendiamo che le passioni religiose ragionino così (3), ma questo ragionamento ci sorprende nella bocca d'un giureconsulto. È ammesso da tutti che i coniugi francesi, divorziati prima della legge del 1816, possono rimaritarsi in Francia: Merlin ha stabilito questo punto di diritto con la massima evidenza (4). Ebbene, ciò tronca la quistione. Se il matrimonio d'un divorziato producesse uno di quegli scandali enormi, come sarebbe un matrimonio poligamico, eviden-

---

(1) Questa è l'opinione di Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, pagina 118, n. 101. — Sentenza della Corte di Parigi del 30 agosto 1824 (Dalloz, alla parola *Lois*, n. 395).

(2) Sentenza della Corte di Parigi del 28 marzo 1843 (Dalloz, alla parola *Lois*, n. 395) e del 4 luglio 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 2, 153).

(3) Ciò vien detto in una decisione del tribunale della Senna, confermato dalla Corte di Parigi (Dalloz, *Recueil périodique*, 1859, 2, 153).

(4) Merlin, *Questions de droit*, alla parola *Divorce*, § 12.

temente il legislatore avrebbe dovuto proibire ai coniugi divorziati prima del 1816 di rimaritarsi in Francia. Esso non l'ha fatto. Se i coniugi francesi divorziati possono contrarre un nuovo matrimonio, senza che l'ordine sociale sia turbato, perchè non lo potrebbero i coniugi stranieri? Vi ha maggior turbamento quando è uno straniero divorziato che vuole rimaritarsi che quando è un francese?

A dir vero, non v'ha nè turbamento, nè scandalo. Ammettendo il divorzio come una causa di scioglimento del matrimonio, i tribunali francesi non approvano punto il divorzio, essi non fanno che constatare un fatto: cioè che il matrimonio dello straniero, il quale vuole rimaritarsi, è stato sciolto all'estero, e che secondo il suo statuto personale è libero di rimaritarsi. Possono non tener conto di questo fatto? Essi vi sono forzati, come Merlin lo ha benissimo dimostrato. Una donna belga divorziata vende un immobile in Francia. Essa viene in seguito a chiedere la nullità della vendita, dicendo, con la Corte di Parigi, che il suo divorzio non è riconosciuto in Francia, che in conseguenza il suo matrimonio sussiste, ch'essa è dunque incapace d'alienare. Merlin domanda ove sarebbe l'avvocato che oserebbe prostituire il suo officio alla difesa d'una simile causa! Dovrebbero dunque i tribunali riconoscere il divorzio della donna alienante. Che se bisogna riconoscerla legalmente divorziata per contrattare in Francia ed alienare i beni ch'essa vi possiede, come non riconoscerla per divorziata quando vuole rimaritarsi? L'ordine pubblico è turbato in Francia, quando i tribunali constatano un fatto che si è compiuto all'estero, in virtù delle leggi straniere? (1).

Questa dottrina è stata consacrata da una sentenza della Corte di cassazione sulle conclusioni conformi di Dupin. La Corte di Orléans si è uniformata all'avviso della Corte suprema (2).

94. Due coniugi stranieri possono divorziare nel Belgio quando il loro statuto personale lo proibisce? La quistione si è presentata innanzi alla Corte di Parigi, sotto l'impero del codice civile, ed essa ha benissimo giudicato che il divorzio non poteva essere ammesso. Infatti i coniugi sono regolati dal loro statuto personale: se questo statuto proibisce il divorzio, essi non possono divorziare tanto nel Belgio quanto nel loro paese (3). Sarebbe lo stesso anche se la donna fosse belga e il suo marito straniero domandasse il divorzio. La Corte d'Orléans ha deciso così nella celebre causa Mac-Mahon (4). « La donna, dice la sentenza, segue la condizione del suo marito; il matrimonio forma per essi uno

---

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Divorce*, § 13.

(2) Sentenza della Corte di cassazione del 28 febbraio 1860 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1860, 1, 57-60); sentenza della Corte d'Orléans del 19 aprile 1865 (*idid*. 1860, 2, 82).

(3) Confronta gli autori e le sentenze citate da DEMOLOMBE, *cours de code Napoléon*, t. 1, p. 118 e seg., num. 101.

(4) Sentenza dell'11 agosto 1817 (DALLOZ, alla parola *Meriage*, n. 507).

stato unico ed indivisibile, tanto ch'essi non han più se non una stessa patria, uno stesso domicilio, uno stesso diritto; questo stato, che costituisce il patto o il vincolo matrimoniale, è dunque necessariamente regolato dalle leggi che regolano la condizione del marito ». È dunque la legge della patria del marito che decide la quistione.

La Corte di Parigi ha deciso, nella stessa causa, in senso opposto, e Merlin approva questa decisione. Bisogna distinguere, egli dice, la capacità di maritarsi e il vincolo matrimoniale. La capacità è evidentemente regolata dallo statuto personale, poichè è attinente allo stato delle persone. Ma, una volta riconosciuta la capacità, il matrimonio diviene un contratto ordinario, che si perfeziona col concorso del consenso dei futuri sposi, e i cui effetti sono regolati dalla legge del paese ove si compie. Se un francese fa una vendita nel Belgio, ove ha il suo domicilio, la sua capacità sarà regolata dalla legge francese; ma la legge del domicilio statuirà sugli effetti della vendita, sulla sua rescissione per causa di lesione; ciò ch'è vero della vendita deve esserlo del matrimonio. Contratto in Francia, esso è regolato, quanto ai suoi effetti, dalla legge francese; è questa che deciderà se v'ha luogo al divorzio oppur no (1).

A nostro parere, tutta questa argomentazione poggia sopra un punto falso, e noi ci meravigliamo che Merlin non abbia visto l'errore, poichè l'errore è evidente. Sì, i contratti si reputano compiuti sotto l'impero della legge che regge il luogo ove si fanno; ma perchè? Perchè gli effetti delle convenzioni dipendono esclusivamente dalla volontà delle parti contraenti ed è naturale il supporre ch'esse si riferiscano alla legge del paese ove son domiciliate. È lo stesso del matrimonio? Questo è un contratto senza dubbio, ma solamente nel senso ch'esige il consenso delle parti; del resto, gli effetti non dipendono per nulla dalla loro volontà. Ciò è vero soprattutto circa lo scioglimento del matrimonio. Invano vorrebbero esse contrarre una unione indissolubile; se la loro legge personale ammette il divorzio, la loro unione potrà essere sciolta. Del pari invano vorrebbero contrarre un'unione dissolubile, quando la loro legge personale proibisce il divorzio. Il matrimonio è d'ordine pubblico, non solamente per la capacità delle parti, ma anche per gli effetti che produce; quindi è la legge personale che decide la quistione del divorzio, e non la legge del domicilio; poichè è una quistione di stato, e lo stato è regolato dalla legge nazionale e non dalla legge del domicilio.

Merlin insiste e dice che gli stranieri domiciliati in Francia che vi si maritano sono regolati dal codice civile; essi saranno maritati sotto il regime della comunione legale, come il codice l'organizza, e non secondo la legge del loro paese. È questo un

(1) Vedi le requisitorie di MERLIN, e le sentenze nella causa Mac-Mahon, nel *Répertoire* di MERLIN, alla parola *Divorce*, sez. IV, § 10.

effetto del matrimonio, e dipende dalla legge del domicilio (1); lo stesso dev'essere di tutti gli effetti. Questo ragionamento è sempre frutto della stessa confusione d'idee. Perchè la legge del domicilio regola le convenzioni matrimoniali? Perchè tale è la volontà tacita dei futuri sposi; ma dipende da essi di manifestare una volontà contraria, poichè non si tratta che di rapporti d'interesse privato. Si potrà dire perciò che anche lo scioglimento del matrimonio mediante il divorzio dipende dalla loro volontà? è questa pure una quistione d'interesse privato?

95. La patria potestà forma essa uno statuto personale? È certo ch'essa è d'ordine pubblico nel senso dell'art. 6 del codice, poichè il legislatore non permette di derogarvi, neppure nel contratto più favorevole, il contratto di matrimonio (1338), il che spiega ch'essa concerne lo stato delle persone. E come dubitarne da che si esercita su figli minori? Tale è stata la prima opinione di Merlin, ed egli la esprime senza esitazione alcuna: « La patria potestà, egli dice, è uno *stato* propriamente detto, una vera *condizione;* perciò non si può dubitare che la legge che l'ammette o la rigetta non sia uno statuto personale, e non s'estenda, per conseguenza, fuori del suo territorio » (2). Una conseguenza evidente di questo principio è che la potestà del padre sopra i suoi figli resta fissata come lo è dalla sua legge personale, ancorchè cambiasse il domicilio e si stabilisse in un paese ove i principii che regolano la patria potestà sono differenti. Merlin professava quest'opinione sotto l'antico diritto; ma poscia la mutò. Egli suppone che un figlio nasca sotto una legge che non ammette la patria potestà; durante la sua età minore suo padre va a dimorare in un paese di diritto scritto, ove la patria potestà tiene i figli nei suoi vincoli sino a che essi sieno emancipati mediante un atto espresso e solenne. Il figlio potrebbe pretendere di non essere sottoposto alla potestà di suo padre, essendo nato in un paese governato da una legge differente? Certissimamente il magistrato gli direbbe: « Le leggi che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi obbligano tutti coloro che abitano il territorio ch'esse reggono, e li obbligano dal momento in cui essi vi mettono il piede. Ora tal'è, seguendo le nozioni che ci han tramandato i nostri antenati, la legge che sottomette il figlio alla patria potestà. Che importa dunque che voi abbiate vissuto precedentemente sotto una legge meno rigorosa? Noi non dobbiamo tollerare che, vivendo qui in una indipendenza che offenderebbe consuetudini sacre per noi, diate ai nostri figli esempi funesti » (3).

Merlin ragiona sempre nell'ipotesi che la patria potestà sia regolata dal dominio del padre. A dir vero, la potestà che il

---

(1) Deciso in questo senso da una sentenza della Corte di Bruxelles del 12 aprile 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 254).

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Puissance paternelle*, sez. VII, n. 1.

(3) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet retroactif*, sez. III, § 2, art. 8, num. 2.

padre ha sopra i suoi figli, al pari di ogni legge personale, è una quistione di nazionalità, di razza, e non una quistione di domicilio. È precisamente in questa materia che l'opposizione delle diverse nazionalità si manifesta con evidenza. I Romani non riconoscevano alcun diritto, alcuna individualità al figlio, che appartiene a suo padre come una cosa; la patria potestà è un diritto di dominio, stabilita in favore del padre, e non cessa se non quando il padre vi mette fine. Tale non è il sentimento dei popoli germanici; essi rispettano l'individualità dell'uomo sin nella sua culla. Senza dubbio il fanciullo è incapace, ma è questa una ragione per dargli un protettore, non un padrone. In questo caso le nostre consuetudini dicevano: *non ha luogo patria potestà*. Esse non intendevano certo lasciare il fanciullo senza protezione, ma non volevano che il padre lo trattasse come sua proprietà. Non sono forse siffatte leggi immedesimate alle viscere dell'uomo, al suo sangue? Il suo sangue cangia, quando esso muta residenza? La legge ch'è penetrata nel suo sangue dal momento della sua concezione non può più mutare (1).

Merlin invoca l'ordine pubblico e i buoni costumi. Lasciamo da parte i buoni costumi, che non c'entrano per nulla; i Germani, che rifiutavano la potestà romana, curavano i buoni costumi ben più che i sudditi dell'impero: essi erano d'avviso, e non avevano torto, che il vero mezzo di sviluppare la moralità del figlio è di fortificare la sua individualità. Se i Romani davano al padre un potere assoluto, perpetuo sopra i suoi figli, lo facevano meno nell'interesse dei buoni costumi che nell'interesse del padre; era, se vuolsi, una conseguenza delle loro idee sul potere. Devesi intendere per ciò che un diritto stabilito a profitto del padre sia una di quelle leggi di diritto pubblico che dominano lo statuto personale? Al contrario, è lo statuto della persona che deve prevalere, in questa materia più che in ogni altra, poichè essa dipende essenzialmente dal genio diverso delle diverse nazioni. Un germano non diviene un romano sol perchè si stabilisca sopra una terra romana: perchè dunque si vorrebbe ch'egli fosse regolato dalla legge romana nelle sue relazioni le più intime?

Se si ha riguardo al domicilio per regolare la patria potestà, il padre avrà o non avrà i suoi figli sotto la sua potestà, a seconda che andrà ad abitare una terra romana o un paese di diritto consuetudinario. Ciò è logico? vi è una ragione per ispiegare, per giustificare questa anomalia? È vero che, se il padre cambia di nazionalità, si va incontro a conseguenze egualmente assurde. Il padre potrà avere figli di nazionalità diverse; sugli uni avrà la potestà, sugli altri no. Noi abbiamo di già segnalati questi con-

(1) Deciso in questo senso da una sentenza della Corte di Bruxelles del 29 luglio 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, p. 57). Uno spagnuolo, maritato nel Belgio, conserva la pienezza della patria potestà dopo la morte della sua moglie; non v'ha luogo a tutela, nè a tutela surrogata, secondo il diritto spagnuolo. Questo diritto forma uno statuto personale, che deve ricevere la sua applicazione nel Belgio.

flitti: essi non possono sparire che mediante trattati e in virtù della lenta influenza delle relazioni internazionali, che finirà per istabilire un diritto uniforme fra le nazioni, almeno per i grandi principii.

96. La legge che accorda al padre l'usufrutto dei beni dei suoi figli è dessa personale o reale? Nell'antico diritto Dumoulin considerava questo statuto come reale; la giurisprudenza si era pronunziata in questo senso. Bouhier sosteneva la personalità (1), e noi crediamo che la sua opinione debba essere ancora seguita. Ciò non significa che non vi sia qualche dubbio sotto il punto di vista dei principii tradizionali circa la divisione degli statuti. Egli è certo che attenendosi all'articolo 3 bisognerebbe dire che l'usufrutto legale non è uno statuto personale: esso non è d'ordine pubblico, poichè vi si può derogare con private convenzioni (codice civile, 387). Ma si può dire, da un'altra parte, che la legge che accorda al padre il godimento dei beni dei suoi figli abbia principalmente in vista i beni? No, certo, poichè è per ragione della patria potestà ch'essa concede l'usufrutto al padre, è una ricompensa, è un beneficio ch'essa vi attacca: ecco delle considerazioni affatto personali. Vi è una ragione che ci pare decisiva. L'usufrutto legale del padre non si concepisce senza la patria potestà: esso è un diritto accessorio, e da che dipende? Da una potestà che costituisce uno *stato;* ora, per l'accessorio può esservi altra legge che pel principale? Il testo dell'art. 3 non è decisivo. Quando uno statuto è personale, lo sono altresì le conseguenze che ne derivano; ora, la patria potestà è essenzialmente uno statuto personale; adunque l'usufrutto che vi è congiunto come una dipendenza deve avere la stessa natura.

Merlin è di parere contrario. La sua opinione merita che sia esaminata, poichè è consacrata dalla tradizione; ma rimane sempre a sapere se lo spirito del diritto moderno sia ancora quello del diritto antico. Merlin parte dal principio che ogni statuto è reale, vale a dire che ogni legge è circoscritta nei limiti del suo territorio; ciò è vero tanto delle leggi che regolano lo stato delle persone, quanto di quelle che concernono i beni. Perchè dunque si concede un effetto, un'estensione maggiore alle leggi personali? Perchè vi sarebbero degli inconvenienti a scindere lo stato delle persone, a considerarle come capaci od incapaci secondo ch'esse abitano il tale o il tal altro paese: capaci od incapaci, secondo la loro legge personale, debbono esserlo dappertutto. Non sarebbe ridicolo vedere lo stesso uomo diffamato nel suo dominio come un prodigo, e onorato altrove come un buon padre di famiglia? Gli è per evitare queste anomalie, che avrebbero turbato l'ordine pubblico e scompigliato il commercio, che si è dato agli statuti personali un impero precario fuori del loro territorio. Queste ragioni s'applicano esse all'usufrutto legale del

(1) BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIV, n. 37, e seg.

padre? No, evidentemente. Quale inconveniente vi è mai a restringere questo godimento al territorio delle leggi che l'accordano? Che! perchè dunque un padre godrà dei beni che i suoi figli hanno in una provincia, e non godrà di quelli che hanno in un'altra provincia, l'ordine pubblico sarebbe turbato, il commercio sarebbe scompigliato! (1).

No, senza dubbio. Ma è vero il dire che lo statuto personale non è che un'eccezione? Ch'esso non ha se non un impero precario fuori del suo territorio e che bisogna a questo circoscriverlo, salvo che l'ordine pubblico o l'interesse del commercio non esigano ch'esso valichi questi confini? Lo statuto personale ha radici ben più profonde; esso le getta in ciò che v'ha di più intimo, di meno precario, l'individualità umana; espressione della razza a cui una persona appartiene, esso la segue dappertutto, senza che questa possa liberarsene. Egli è d'uopo, ci sembra, fare il ragionamento di Merlin in senso opposto: lo statuto personale deve prevalere dappertutto, salvo quando un interesse maggiore vi si opponga. Noi siamo dunque nel diritto di domandare a nostra volta: ov'è l'interesse sì grande il quale impedisca che un padre non abbia dappertutto i medesimi diritti? Forse che l'ordine pubblico sarà turbato, il commercio scompigliato, se il padre percepisce i frutti dei beni di suo figlio? Sarebbe ridicolo, lo si confessi, che un uomo venga considerato come padre nel suo paese, e che non lo sia più dal momento che ne ha passata la frontiera. Pascal, cogliendo il destro, avrebbe ragione di beffarsi delle leggi che fanno gli uomini. Non gli lasciamo questo pretesto, e manteniamo l'unità del diritto che appartiene alla persona, dappertutto ov'essa risiede. Tale è il vero spirito delle leggi personali.

Bisogna dir di più. La realtà dello statuto che stabilisce l'usufrutto legale conduce a conseguenze che il diritto, che il buon senso non possono accettare. Il nostro codice concede l'usufrutto tanto alla madre quanto al padre, poichè la madre ha la patria potestà come il padre. Se questo è uno statuto reale, bisogna conchiuderne che i beni situati in Francia sono colpiti dall'usufrutto legale a favore della madre straniera. Intanto può darsi che questa madre non abbia la patria potestà. Essa avrebbe dunque un diritto congiunto a una potestà senza avere questa potestà! L'accessorio esisterebbe senza il diritto principale di cui è una dipendenza! Merlin ha indietreggiato innanzi a questa enormità. Egli fa un'eccezione alla realtà dello statuto, e non accorda l'usufrutto che a colui il quale, secondo la sua legge personale, gode della patria potestà. Ma chi lo autorizza a fare questa eccezione? Non è scampare da un'assurdità per inciampare in un'altra? Si concepisce che uno statuto sia insieme personale e reale? vale a dire che una sola e medesima legge abbia principalmente in vista le persone, e che abbia anche principalmente in vista i beni?

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Puissance paternelle,* sez. VII, n. *

La necessità in cui Merlin si è trovato d'ammettere un'eccezione, non sarebbe la prova più evidente che il principio da cui parte è falso? Egli è d'uopo mantenere la dottrina del presidente Bouhier: la patria potestà e l'usufrutto legale sono due diritti che non possono essere separati l'uno dall'altro, salvo nei casi in cui la legge permette di derogare al godimento ch'essa accorda al padre.

La giurisprudenza è divisa su questa difficile questione: vi sono sentenze che stanno per la personalità dell'usufrutto legale, ve ne sono per la realità, ve ne sono per l'opinione di Merlin (1).

97. La legge che regola l'età maggiore forma essa uno statuto personale? Questa quistione era assai controversa nell'antico diritto, il che prova come la dottrina degli statuti è incerta e arbitraria; poichè, se v'ha una legge che concerne principalmente lo stato delle persone e la loro capacità, essa è quella che dichiara gli uomini maggiori o minori, e, per conseguenza, capaci od incapaci. Non è forse questo lo statuto personale per eccellenza? La difficoltà fu decisa in questo senso *nelle provincie belghe* dall'autorità sovrana. Si legge nel *Recueil d'arrêts du grand Conseil de Malines* di Cuvelier: « La minore età dura diversamente secondo le consuetudini: in alcuni paesi essa s'estende sino a venti o ventun anno, in altri sino a venticinque anni; al qual proposito si è dubitato se si dovesse aver riguardo al luogo della situazione della cosa alienata, a quello della nascita dell'alienante, o al luogo ove era domiciliato. I signori del Consiglio d'Artois han consultato a questo riguardo i signori del Consiglio privato (di Bruxelles), ed è stato deciso che si seguirebbe la consuetudine della nascita » (2).

Merlin, che riferisce questo decreto, cominciò per insegnare la stessa opinione. Un figlio nasce, egli dice: da questo momento la consuetudine del domicilio che hanno il padre e la madre (secondo la nostra opinione, la nazionalità de' suoi genitori) imprime in lui una nota indelebile, poichè essa determina la sua nazionalità, e in conseguenza la sua legge personale; essa fissa il suo stato, regola l'età in cui sarà maggiore. Che importa che il padre cambi di domicilio? Ciò non influisce punto sulla nazionalità, nè, per conseguenza, sulla legge personale del figlio o, come dice Merlin, questo cangiamento non può cancellare la nota che la legge della nascita imprime sul figlio. Che! Un padre non può alienare i beni del suo figlio, e potrebbe poi, per una traslazione di domicilio, cambiare il suo stato e renderlo minore da maggiore che era! Quale bizzarria risulterebbe da un simile sistema! La stessa persona sarebbe oggi minore e domani maggiore, a seconda che essa abitasse il tal paese o il tal altro. Si concepisce una simile versatilità in una

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, n. 188, p. 100 e seg.
(2) Decreto del 4 febbraio 1621, riferito da Merlin. *Répertoire*, alla parola *Majorité*, § 4.

cosa che di sua natura debb'essere permanente? Queste ragioni sembravano decisive a Merlin. Bisogna dunque decidere, senza esitare, che lo straniero all'età di ventun anno, ma nato in un paese ove l'età maggiore non s'acquista che a venticinque anni compiuti, non può, per alienare o ipotecare i suoi immobili in Francia, giovarsi della legge francese che dichiara i Francesi maggiori a quest'età. Minore per la legge della sua nascita, sarà considerato, in Francia, come minore.

Dopo aver riferito il decreto del Consiglio privato di Bruxelles, Merlin aggiunge: « L'opinione che questo decreto non poco contribuì a farmi adottare più di quarant'anni or sono mi sembra oggi un grande errore ». Merlin non ci dice le ragioni che gli fecero mutar parere. Sarà stato, senza dubbio, per essere coerente all'opinione che egli emette sulla capacità della donna maritata, e perchè colpito dagl'inconvenienti che derivano dallo statuto personale, inconvenienti che egli stesso aveva segnalati fin dal principio, e che erano ben più grandi nell'antico diritto, ove l'età maggiore variava da una consuetudine all'altra, di quel che non siano oggidì che il conflitto non esiste più se non fra le leggi nazionali. Gli inconvenienti sono reali. Se io sono obbligato di ricorrere alla legge della nascita, quali ostacoli vi saranno nel commercio, e qual disturbo nell'ordine civile! Merlin ne dà un esempio che sorprende. Io trovo a Valenciennes un giovinetto di quindici anni; contratto con lui in buona fede, poichè egli è domiciliato in questa città nella quale io ho visto morire suo padre; intanto si scopre che questo giovinetto è nato a Mons, e che il diritto municipale di quest'ultima città annulla il contratto che egli aveva stipulato con me. Lo statuto di Valenciennes, che permette a un giovinetto di quindici anni di vivere e di contrattare senza tutore, è dunque un agguato da cui bisogna guardarsi, e ch'è fatto per ingannare coloro che vi si affidano.

Che rispondeva Merlin a queste considerazioni di fatto che si invocavano contro lo statuto personale? Egli diceva che le ragioni tratte dai veri principii debbono senza dubbio prevalere su inconvenienti che non si riscontrano sempre, e ciò tanto più che appartiene a colui che contratta con un minore informarsi del suo stato e della sua capacità. Nulla di più giusto: il giudice non si decide a norma degl'inconvenienti o dei vantaggi che presenta una legge, egli giudica secondo i principii del diritto di cui è l'organo. Ora, i principii non lasciano alcun dubbio, neppure sotto il punto di vista della dottrina tradizionale degli statuti. Merlin, egli stesso, li formula, in questa occasione, con la sua abituale chiarezza. La legge che dà ad una persona un certo stato e una certa condizione è personale. È lo stesso della legge che permette a un uomo capace per stato, o proibisce a un uomo incapace per stato, un atto qualsiasi della vita civile, come di contrattare, d'alienare; poichè le permissioni o i divieti ch'essa contiene non sono, per così dire,

che i corollari dello stato della persona. La conseguenza che risulta da questi principii è evidente, lo statuto dell'età maggiore piena ed intiera è personale, e s'estende ai beni situati fuori del territorio. Sulla personalità della legge non può esservi dubbio; e che sarebbe una legge personale s'essa non estendesse i suoi effetti sui beni, quale che sia il paese ove si trovano? Non è precisamente per l'amministrazione e la disposizione dei beni che le leggi stabiliscono l'età maggiore o mantengono la minorità?

Tuttavia vi sono sentenze nel senso della realità dello statuto che fissa l'età maggiore e la capacità che ne risulta. La Corte di Parigi ha giudicato che lo straniero ch'è minore secondo le leggi del suo paese, purchè abbia l'età di più che ventun anno, non può invocare la sua minorità innanzi ai tribunali francesi per fare annullare le obbligazioni che avesse sottoscritte, in Francia, a favore di creditori francesi (1).

Medesimamente decise la Corte di Bruxelles. Un francese, nato a Parigi, venne a stabilirsi nel Belgio, vi fu emancipato e vi contrasse matrimonio; esso vi fissò il suo domicilio; all'età di ventitrè anni sottoscrisse una cauzione a favore di un abitante del paese. L'obbligazione era nulla secondo lo statuto personale dello straniero e valida secondo la consuetudine di Bruxelles; essa venne convalidata in virtù della legge del domicilio (2). Questi sono g'inconvenienti segnalati da Merlin, i quali trascinarono le Corti di Parigi e di Bruxelles. Questi medesimi inconvenienti han dato luogo alla dottrina degl'interessi francesi. Demolombe l'ha adottata, ma le conseguenze medesime ch'egli ne deduce provano, ci sembra, ch'essa è inammissibile.

Demolombe ammette lo statuto personale dello straniero, ma egli riconosce al giudice il diritto di applicarlo o di non applicarlo, annullando o mantenendo gli atti giuridici fatti dallo straniero, a seconda che l'interesse del francese, con cui ha contrattato, lo dimanderà. Tuttavia egli aggiunse una restrizione, cioè che il francese non abbia agito con leggerezza, con imprudenza. Quando si può dire che egli ha agito leggermente? Altra distinzione, fra le obbligazioni contratte per provvisione di alimenti, locazione di case e vendite d'immobili o per mutui; per le prime il giudice non ammetterà lo statuto personale, mentre lo ammetterà più facilmente per gli altri (3). Chi non vede che questo è trasformare il giudice in legislatore? Se l'età

---

(1) Sentenza del 17 giugno 1834 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Effets de commerce*, n. 877).

(2) Sentenza dell'8 agosto 1814 (Dalloz, alla parola *Lois*, n. 401).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 1, n. 102, p. 101 e 102. Una sentenza della Corte di Bruxelles, del 15 febbraio 1830, ha messo questo sistema per le obbligazioni contratte da una donna straniera (*Jurisprudence du XIX siècle* 1830, III, p. 100). La Corte di cassazione di Francia ha consacrato la medesima dottrina per i minori con sentenza del 16 gennaio 1861 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 1, 193).

maggiore forma uno statuto personale, è una legge, e il giudice potrà modificare una legge secondo le circostanze della causa? Può esso oggi dichiarare uno straniero maggiore, convalidando le obbligazioni da lui contratte per alimenti, e domani dichiararlo minore, annullando le vendite che avesse consentite? Non è un principio elementare in questa materia, che lo stato delle persone non si scinde? Si concepisce, a rigore, che lo straniero, minore secondo la legge del suo paese, sia maggiore in Francia: le leggi potrebbero decidere così. Ma si concepisce che sotto una sola e medesima legge lo straniero sia ora maggiore, ora minore, secondo l'interesse del francese con cui egli contratta? Invano s'invoca l'interesse francese; appartiene a coloro che contrattano d'invigilare sui loro interessi; quando il legislatore dichiara una persona incapace, egli le permette di domandare la nullità degli atti compiuti, anche allorquando colui col quale essa contratta avesse ignorata la sua incapacità: egli è così del minore, dell'interdetto; la legge non fa eccezione che in caso di dolo (articoli 1307, 1310). Tale è anche la sola eccezione che si possa ammettere allo statuto personale: se lo straniero avesse adoperato dei raggiri fraudolenti perfarsi credere maggiore, il giudice applicherebbe per analogia gli articoli 1307 e 1310: la sua decisione avrebbe una base giuridica, mentre il sistema dell'interesse conduce ai più grandi arbitrii (1).

98. Lo stato dell'interdetto dà luogo ad una difficoltà particolare. Il suo stato e l'incapacità che lo colpisce risultano da una sentenza; ora le sentenze emesse dai tribunali stranieri non hanno effetto in Francia che allorquando sono state rese esecutive da un tribunale francese. Bisogna applicare questo principio alle sentenze che pronunciano l'interdizione d'uno straniero? Gli autori s'accordano nel dire che gli articoli 2126 del codice civile e 546 del codice di procedura non sono applicabili all'interdizione, poichè il motivo per cui le sentenze straniere non sono esecutive in Francia non concerne punto lo stato delle persone. Ciò che il legislatore ha voluto proibire è l'esecuzione forzata sulla persona e sui beni del debitore. Quanto allo stato, poco importa ch'esso risulti da una legge o da una sentenza: dal momento ch'è legalmente stabilito nel paese, cui la persona appartiene, forma uno statuto personale e segue la persona dovunque essa risiede (2).

Vi sono sentenze contrarie. La Corte di Parigi ha deciso che l'interdizione pronunziata all'estero da un atto stragiudiziale,

(1) Questo è l'avviso di DEMANGEAT, *Du statut personnel* (*Revue pratique de droit français*, t. I, p. 56).

(2) MERLIN, alla parola *Majorité*, § 5, e alla parola *Question d'état;* DEMANGEAT, nella *Revue pratique de droit français*, t. I, p. 55. Così fu deciso dalla Corte di Liegi con sentenza del 10 aprile 1867 (*Pasicrisie*, 1867, II, 236), per i giudizii che pronunziano la separazione personale.

non omologata dai tribunali francesi, non rende l'interdetto incapace di amministrare i beni ch'esso ha in Francia, nè di agire in giudizio (1). Questa decisione non può essere giustificata dal punto di vista dei principii. Ma bisogna confessare che l'opinione, generalmente ricevuta, ha un inconveniente. Come i Francesi possono conoscere gli atti giudiziarii o stragiudiziarii che pronunziano l'interdizione d'una persona all'estero? Essi saran dunque legati da atti che ignorano e che non possono conoscere! L'inconveniente è reale, ma non può prevalere sui principii. Solamente dimostra la necessità di trattati che regolino la materia degli statuti.

L'inconveniente che noi segnaliamo non esiste solamente per gli atti giudiziarii o stragiudiziarii. Si è obbiettato più d'una volta, contro lo statuto personale, che le leggi straniere sono ignote in Francia, e che tuttavia si applicano ai Francesi che le ignorano in virtù dello statuto personale degli stranieri con i quali essi trattano. Non è questo violare il principio fondamentale che le leggi non pubblicate non sono obbligatorie? Si può rispondere che non è come legge francese che i tribunali applicano lo statuto personale dello straniero, ma come legge straniera; basta perciò che essa sia stata pubblicata all'estero. Ma questa risposta, giusta secondo la sottigliezza del diritto, non impedisce che, di fatti, le leggi straniere siano ignote in Francia. Non vi è che un mezzo per rimediare a questo inconveniente, quello cioè di inserire i principii di diritto civile internazionale nei trattati. I trattati prescriveranno anche la pubblicità degli atti giudiziarii o stragiudiziarii che concernono lo stato delle persone. Ciò è necessario non solamente per i privati, ma anche per i giudici, i quali ignorano sovente le leggi straniere, ovvero non ne hanno che una conoscenza incompleta: i trattati pubblicati servirebbero loro di leggi.

§ 3. *Statuti reali.*

N. - Delle forme istrumentarie.

99. Le forme istrumentarie sono uno statuto reale, nel senso ch'è la legge del luogo ove gli atti sono compiuti che deve essere osservata; non si ha riguardo nè alla nazionalità delle parti, nè alla situazione dei beni. Questo principio s'applica senza difficoltà agli atti autentici. L'art. 47 ce ne dà un esempio. Gli atti dello stato civile sono atti autentici: in qual forma debbono essere redatti, se sono ricevuti in paese straniero? Secondo le forme usate nel detto paese, risponde l'articolo, vale a dire che gli atti così redatti faranno fede. L'art. 999 contiene una disposizione analoga per i testamenti autentici; essi sono validi,

(1) Sentenza del 18 settembre 1828 (Dalloz, alla parola *Droit civil*, numero 465).

se fatti nelle forme prescritte dalla legge del paese ove l'atto è compiuto.

L'applicazione del principio agli atti ed ai contratti solenni dà luogo ad una difficoltà molto seria. Tali sono le donazioni, i contratti di matrimonio, le ipoteche, i testamenti. Noi parleremo prima di tutto dei contratti solenni; i testamenti sono re golati da una disposizione speciale (art. 999). Si sa che vi è una grande differenza tra le forme degli atti solenni e le forme prescritte per gli atti non solenni. La scrittura formata per constatare una vendita non serve che per la prova: non è necessaria per la validità della vendita, e molto meno ancora per la sua esistenza; mentre nella donazione la forma è una condizione richiesta perchè il contratto esista; se le forme non sono state osservate, non v'ha donazione (art. 1339): la solennità è dunque essenziale per l'atto giuridico, nel senso che l'atto non ha nessuna esistenza agli occhi della legge, se non è stato redatto nelle forme ch'essa ha stabilite. Ciò che il codice civile dice delle donazioni bisogna dirlo del contratto di matrimonio e dell'ipoteca: la forma autentica è richiesta non solamente per la validità di questi contratti, ma per la loro esistenza.

Supponiamo che una donazione sia fatta da un francese in paese straniero, e che, nel detto paese, la legge permetta di fare le donazioni per scrittura privata; l'atto sarà valido, se queste forme sono state osservate? La quistione è controversa, e vi è qualche dubbio. È stato deciso dalla Corte di Parigi che un contratto di matrimonio comprendente donazione fosse valido quantunque redatto per scrittura privata, perchè la legge del luogo ove era stato fatto ammetteva questa forma (1). In apparenza, la Corte ha fatto una giusta applicazione della regola *locus regit actum*. Gli atti erano stati compiuti a Monaco ed a Londra. Coloro che in Germania od in Inghilterra stipulano delle convenzioni matrimoniali si rivolgono naturalmente ai pratici del paese ch'essi abitano, e questi possono mai osservare altre forme se non quelle delle leggi che solo conoscono? Non è mestieri quindi applicare l'adagio che noi abbiamo citato e ch'è dappertutto ricevuto? Tal'è infatti l'opinione generalmente seguita (2).

A noi è impossibile ammetterla. Si pretende che non si tratti che d'una forma estrinseca, e non d'una forma intrinseca, concernente la sostanza. Quando le parti redigono un atto di vendita è evidente che la forma dell'atto non ha nulla di comune con la sostanza, col contratto. Ma è lo stesso della donazione? No, certo, poichè, secondo i termini formali dell'art. 1339, il vizio di forma apporta non solamente la nullità della scrittura, ma ancora la nullità, vi ha di più, la non esistenza della do-

(1) Sentenza dell'11 maggio 1816 e del 22 novembre 1828 (Sirey, 1817, II, 10; 1829, 77).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, n. 105.

nazione. Il vizio, a dir vero, non è nella forma, ma nel consenso, il che evidentemente riguarda la sostanza; infatti, nei contratti solenni, il consenso non esiste che quando è stato espresso nelle forme volute dalla legge; quando queste forme non sono state osservate non v'ha consenso e, di conseguenza, non v'ha contratto. Noi ne conchiudiamo che un contratto solenne, per cui la legge francese prescrive l'autenticità, non può essere ricevuto all'estero per scrittura privata. Si viola forse con ciò la massima: *locus regit actum?* Niente affatto, poichè per giudicare della validità dell'atto autentico ricevuto all'estero si applicherà la legge del luogo ove l'atto è stato compiuto, e non la legge francese. L'autenticità è dell'essenza dell'atto; la forma dell'autenticità è una forma estrinseca.

Poichè abbiamo contro di noi la giurisprudenza e la dottrina, ci si permetterà d'invocare l'autorità di uno dei nostri antichi, del presidente Bouhier, che ha fatto uno studio sì profondo sugli statuti. La consuetudine di Borgogna permette l'uso dei testamenti olografi, ma sotto la condizione di farvi mettere una sottoscrizione firmata da un notaio e da due testimoni. Supponiamo, dice Bouhier, che un borgognone si trovi a Parigi e voglia fare un testamento olografo. Basterà che osservi la consuetudine di Parigi la quale non richiede alcuna sottoscrizione? Egli risponde che la sottoscrizione è assolutamente necessaria. La ragione sta in ciò che essa è una forma intrinseca, richiesta per assicurare la data dei testamenti. Devesi dire perciò che la sottoscrizione, fatta a Parigi, abbia a farsi per mezzo di un notaio e due testimoni, come vuole la consuetudine di Borgogna? No, qui la legge del luogo riprende il suo impero. Tutto ciò che la consuetudine vuole gli è che vi sia una sottoscrizione autentica: nel ducato di Borgogna si seguirà la consuetudine del luogo; altrove, la legge locale; a Parigi, per esempio, due notai potranno ricevere l'atto di sottoscrizione, senza testimoni; lo scopo della consuetudine di Borgogna sarà perfettamente raggiunto (1).

In conclusione, nei contratti solenni, la forma, per quanto riguarda il consenso, è regolata dalla legge personale. Se questa legge esige l'autenticità, ancorchè la legge del luogo ove l'atto si compie ammetta la scrittura privata, è d'uopo che all'estero si faccia un atto autentico; ma quanto alle forme nelle quali un atto deve essere ricevuto perchè sia autentico, si applicherà l'adagio *locus regit actum.* Quando la legge personale non richiede l'autenticità, si dovrà stare contenti a una scrittura privata. Se dunque un inglese facesse una donazione, potrebbe farla per scrittura privata: i tribunali francesi ammetterebbero la validità di questa donazione, purchè fossero state osservate

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* chap. XXVIII, n. 15-17 (Oeuvres, t. I, 767).

le forme prescritte per le scritture private dalla legge del luogo ove l'atto è compiuto.

La nostra opinione è consacrata dalla legge ipotecaria belga. Essa ammette, contrariamente al codice Napoleone, che i contratti stipulati all'estero costituiscono un'ipoteca sugl'immobili situati nel Belgio: ma questi contratti potrebbero essere ricevuti per scrittura privata nei paesi che ammettessero questa forma? No; l'art. 79 richiede che siano ricevuti nella forma autentica prescritta dalla legge del luogo ove l'ipoteca è costituita. Perchè? Perchè l'ipoteca è un contratto solenne. Gli è lo stesso dell'ipoteca legale della donna maritata. La legge del 18 dicembre 1851 accorda questa ipoteca tanto alla donna straniera quanto alla donna belga. Ma quale legge si seguirà per le condizioni di forma? La legge belga, per la condizione dell'autenticità del contratto di matrimonio, contratto solenne; la legge straniera, per le forme dell'atto autentico (art. 2 addizionale).

100. Il testamento è un atto solenne; ma, a differenza delle donazioni e delle ipoteche, può esser fatto per scrittura privata, o per atto autentico. In quale forma il francese potrà testare all'estero? L'art. 999 risponde che potrà testare per atto autentico, con le forme in uso nel luogo ove l'atto è compiuto. Questa è l'applicazione dell'adagio *locus regit actum* (1). Esso potrà anche testare per scrittura privata, dice l'art. 999, ma allora esso deve seguire le forme prescritte dal codice. Qui la legge deroga all'adagio; essa si riferisce allo statuto personale e non allo statuto reale. Ciò è tanto vero che il testamento olografo fatto dal francese in paese straniero sarebbe valido, ancorchè le leggi di questo paese non ammettessero tale forma di testare. La ragione per cui la legge deroga all'adagio è semplicissima: il luogo dove il testatore scrive il testamento olografo è indifferente, poichè esso è l'opera del testatore solo; costui non deve neanche indicare il luogo ove lo scrive. Quindi si concepisce che la legge del luogo non sia presa in considerazione.

Si domanda se uno straniero può testare in Francia, nella forma olografa, osservando le forme prescritte dall'art. 970. La quistione scindeva già gli antichi autori, ed è sempre controversa. Per non complicarla noi lasceremo da parte l'antico diritto; i principii e i nostri testi basteranno a deciderla. È d'uopo, avanti tutto, distinguere i diversi casi che possono presentarsi. Supponiamo da prima che lo statuto personale dello straniero vieti il testamento olografo. Un olandese aveva fatto un testamento olografo in Francia. Lo si impugnò, fondandosi sul codice dei Paesi Bassi, che prescrive (art. 992): « Un olandese *in*

(1) In applicazione dell'art. 999, la Corte di Rouen ha deciso che il testamento fatto in Inghilterra da un francese in presenza di quattro testimoni è valido. Il ricorso in Cassazione fu rigettato con sentenza del 6 febbraio 1847 (DALLOZ, 1841, 2, 40; 1843, 1, 208).

paese straniero non potrà fare il suo testamento che mediante atto autentico ed osservando le forme in uso nel paese ove l'atto sarà compiuto. Nondimeno esso potrà anche disporre mediante un atto scritto di suo pugno, come è prescritto dall'art. 982 ». Quest'articolo permette il testamento olografo, ma solamente per le disposizioni concernenti l'esecuzione testamentaria, i funerali, i legati di abiti, di biancheria pel corpo, di ornamenti e di certi mobili. La Corte di Orléans convalidò il testamento, in applicazione della massima: *locus regit actum* (1): la sentenza fu contraria alle conclusioni del pubblico ministero, e noi crediamo che abbia fatta una falsa applicazione dell'adagio. Prima di decidere in quale forma il testamento olografo dev'essere redatto, bisogna vedere se il testatore può fare un testamento olografo. Quando il suo statuto personale glielo proibisce, l'autenticità diviene una condizione essenziale per la validità del testamento, nel senso che non è permesso al testatore di manifestare la volontà in un'altra forma. Da ciò segue che la forma autentica è, in questo caso, una condizione intrinseca, come lo è per i contratti detti *solenni*. A nostro parere, la donazione non può farsi all'estero per scrittura privata. Bisogna dire altrettanto del testamento, secondo la legislazione olandese. Ciò non è una violazione della massima *locus regit actum;* l'adagio non si applica che alle forme *istrumentarie*.

La quistione è ben diversa quando lo statuto personale non richiede l'autenticità per la validità delle disposizioni testamentarie. Gli è così della legge inglese, la quale non ammette il nostro testamento olografo, ma non prescrive l'autenticità come condizione della validità, come fa il codice olandese. Quindi noi rientriamo nella massima che dichiara validi, quanto alla loro forma, gli atti fatti secondo le leggi del paese ove sono compiuti. Un inglese può dunque testare in Francia nella forma olografa. La Corte di Parigi ha deciso così (2).

A più forte ragione lo straniero può fare un testamento olografo in Francia, se il suo statuto personale ammette questa maniera di testare, ma prescrive delle forme che differiscono da quelle che stabilisce il codice Napoleone. Nasce allora la quistione di sapere se lo straniero deve seguire le forme della legge francese. La difficoltà è questa: l'adagio *locus regit actum* accorda una semplice facoltà, o impone un obbligo? Per massima, esso è insieme facoltativo e obbligatorio, nel senso che lo straniero, non solo può, ma deve seguire la legge del luogo ove fa testamento. Merlin dice che egli non ha la scelta tra le forme del suo paese e quelle del luogo dove si trova. Ciò è evidente pel testamento autentico: e non bisogna dire altrettanto del testamento olografo, dal momento che è anche questo un

(1) Sentenza del 3 agosto 1859 (DALLOZ, 1859, 2, 159).
(2) Sentenza del 25 agosto 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 273).

atto solenne, nel senso che le formalità dell'art. 970 debbono essere osservate sotto pena di nullità (art. 1001)? È vero che non interviene alcun pubblico uffiziale nel testamento olografo, ma vi è un'altra considerazione che ci sembra decisiva: il testamento deve far fede in tutti i paesi ove il testatore ha dei beni: essendo differenti le leggi di questi diversi paesi, non è possibile che il testatore adempia a forme opposte, e quindi ha bisogno di attenersi a una sola; quella del luogo ove l'atto si fa è sembrata la più conveniente; è quella, per conseguenza, cui bisogna attenersi a preferenza di tutte le altre (1).

Per massima questa dottrina è incontestabile. Ma non bisogna ammettere un'eccezione, per argomento dall'art. 999? Se, secondo lo statuto personale dello straniero, il testamento olografo può e deve farsi dal testatore solo, perchè non gli si permetterebbe di testare in Francia secondo le leggi del suo paese, come il codice permette al francese di testare all'estero nella forma olografa prescritta dalla legge francese? Vi è la stessa ragione di decidere, dunque deve esservi la stessa decisione. Ciò suppone che lo statuto personale non è contrario; se questo ordina l'intervento d'un ufficiale pubblico, come era necessario per la consuetudine di Borgogna, l'atto non sarebbe più una semplice scrittura privata, ma parteciperebbe del carattere autentico, e, per conseguenza, la legge del luogo riprenderebbe la sua autorità.

101. Il principio che la legge del luogo determina le formalità dell'atto s'applica agli atti per scrittura privata? Questa quistione ha due aspetti. Si domanda prima di tutto se la scrittura è valida quando è stata fatta secondo le forme in uso nel paese ov'è stata redatta. Uno straniero fa in Francia un atto per scrittura privata nelle forme prescritte dagli articoli 1325 e 1326; questa scrittura è valida, supponendo che lo statuto personale o lo statuto reale prescrivano altre forme? Bisogna rispondere affermativamente. L'adagio è generale, e s'applica tanto agli atti per scrittura privata quanto agli atti autentici. Tuttavia vi è un motivo di dubitare. L'adagio è fondato soprattutto sulla necessità, vale a dire sull'impossibilità in cui è lo straniero di seguire altre forme all'infuori di quelle del luogo ove si trova, dovendo intervenire nell'atto un ufficiale pubblico, ed essendo quest'ufficiale obbligato d'eseguire le leggi del suo paese. Ora, negli atti per scrittura privata non interviene alcun pubblico ufficiale; a rigore, essi potrebbero dunque farsi secondo lo statuto personale o secondo lo statuto reale. Malgrado questa ragione di dubitare, bisogna dar la preferenza allo statuto locale, perchè vi è sempre un motivo determinante per appli-

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Testament*, sez. II, § 4, art. 2. La Corte di cassazione ha deciso che un testamento olografo fatto da uno straniero in Francia è nullo, se non riunisce tutte le condizioni di forma prescritte dal codice Napoleone (Sentenza del 9 marzo 1853, in DALLOZ, 1853, 1, 217).

carlo. Coloro che redigono una scrittura privata all'estero non conoscono abitualmente altre forme che quelle del luogo ove risiedono; il più delle volte non sono neppure le parti contraenti che la redigono, ma agenti d'affari, o notai, od avvocati, i quali seguono il formulario tradizionale, locale. In questo senso vi è, se non necessità assoluta, almeno grande utilità ad applicare l'adagio *locus regit actum.*

Diversa è la quistione di sapere se le parti interessate debbono necessariamente conformarsi alla legge del luogo ove essi redigono l'atto per scrittura privata: non possono seguire la legge del paese al quale appartengono? Il codice ha deciso la difficoltà per il testamento olografo, permettendo al francese di testare in questa forma, all'estero, secondo la legge francese. Noi crediamo che per analogia bisogna applicare l'art. 999 alle scritture constatanti convenzioni bilaterali o unilaterali. Vi è più che analogia, v'è un argomento *a fortiori.* Infatti, il testamento è un atto solenne, le sue forme sono sostanziali; se il legislatore permette ai Francesi di testare secondo la legge francese quando si trovano in paese straniero, a maggior ragione esso deve loro permettere di seguire la legge francese quando si tratta semplicemente di procurarsi una prova scritta dei loro contratti.

Lo straniero potrebbe anche giovarsi della disposizione dell'art. 999? Questa quistione desta maggiori dubbii, poichè il codice Napoleone non è la sua legge personale. Noi crediamo tuttavia ch'esso potrebbe in Francia fare degli atti per scrittura privata nella forma del suo statuto personale: infatti, il luogo è cosa indifferente in questi atti; essi si reputano redatti nel paese cui lo straniero appartiene; quindi debbono esser validi, se sono redatti secondo la legge di questo paese. La quistione diviene più difficile, se uno straniero compisse un atto, all'estero, nelle forme della legge francese: si suppone naturalmente che l'atto è destinato ad esser prodotto in Francia. Vi è una sentenza della Corte di cassazione per l'affermativa. Uno straniero a New-York conferisce una procura per scrittura privata allo scopo di ipotecare taluni beni situati in Francia: la procura è valida secondo la legge francese, mentre è nulla secondo la legge americana, la quale esige un atto autentico. La Corte ha dichiarata valida l'ipoteca (1). Qui v'è un dubbio. Non si può più invocare l'art. 999, poichè questo applica lo statuto personale; si deroga dunque alla legge del luogo, per la sola ragione che l'atto è destinato ad esser prodotto in Francia. Non occorrerebbe per ciò o una legge o un trattato?

102. Oltre le forme istrumentarie, vi sono formalità che gli autori appellano *abilitanti,* cioè quelle che rendono capaci di fare taluni atti le persone che ne sono incapaci per stato. Tale

(1) Sentenza del 5 luglio 1827 (DALLOZ, alla parola *Loi,* n. 430).

è l'autorizzazione maritale, necessaria perchè una donna possa contrattare o stare in giudizio; tali sono ancora l'autorizzazione del Consiglio e l'omologazione del tribunale, richieste perchè il tutore possa alienare gl'immobili del suo pupillo. Queste formalità dipendono dalla legge del luogo? È evidente che no: gli è anche impropriamente che vien qualificata autorizzazione di *forma*; essa è una condizione prescritta per la validità degli atti che concernono gl'incapaci. Quindi non si tratta più di forme alle quali si applica l'adagio *locus regit actum;* l'autorizzazione del marito ha per iscopo, non di assicurare la libera espressione del consenso della moglie, ma di sanare la sua incapacità: è dunque una conseguenza dello statuto personale. La donna francese che contratta all'estero dovrà essere autorizzata secondo la legge francese; il difetto d'autorizzazione renderebbe il contratto nullo (1).

Vi sono altre formalità che appartengono allo statuto reale. La nostra legge ipotecaria vuole che gli atti traslativi di diritti reali immobiliari siano trascritti. Se il proprietario d'immobili situati nel Belgio li vende all'estero, in un paese ove la trascrizione non è richiesta, il compratore, belga o straniero, dovrà nondimeno trascrivere l'atto di vendita, conformemente alla legge del 16 dicembre 1851? L'affermativa non incontra alcun dubbio. Secondo la dottrina tradizionale degli statuti, è certo che la trascrizione forma uno statuto reale, e ch'essa non ha nulla di comune con la legge del luogo ove l'atto si compie. Non v'ha neppur bisogno degli statuti per decidere così. La trascrizione è prescritta nell'interesse dei terzi, dunque per un interesse generale. Ora, le leggi che son fatte nell'interesse generale obbligano necessariamente tutti coloro che possiedono dei beni nel paese per cui esse son fatte, sì gli stranieri che gl'indigeni: è come proprietari che i compratori debbono trascrivere, non come Belgi; ciò decide la quistione.

103. Vi sono formalità che gli autori chiamano *intrinseche* o *viscerali:* cioè quelle che costituiscono l'essenza dell'atto, che gli danno l'essere e senza delle quali esso non può esistere. Tale è il consenso delle parti. Gli è impropriamente che si dà il nome di *formalità* al consenso, il quale non deve manifestarsi per iscritto e neppure con parole, quindi non ha nulla che somigli a una formalità. Il consenso è richiesto per la validità e anche per l'esistenza delle convenzioni; senza consenso non vi è contratto. Lo stesso è a dirsi di tutte le formalità che si chiamano *intrinseche:* così, in materia di vendita, si richiedono la *cosa* e il *prezzo* perchè vi sia vendita. Si domanda qual'è la legge che regola queste condizioni essenziali delle convenzioni.

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 7. DALLOZ, alla parola *Loi*, n. 427 e 440.

Si risponde generalmente che queste formalità dipendono dalla legge del luogo ove il contratto si fa; s'invoca la regola che tutto ciò ch'è in uso nel paese ove si contratta si reputa tacitamente convenuto dalle parti. Il codice civile sembra sanzionare questa dottrina dicendo, nell'articolo 1159: « Ciò che è ambiguo s'interpreta secondo ciò che si pratica nel paese ove si è stipulato il contratto ». Noi crediamo che il principio debba essere altrimenti formulato. Perchè il legislatore vuole che si consultino gli usi del paese ove il contratto si fa, per interpretarlo? Perchè egli suppone che le parti conoscano questi usi e che vi si sieno riferite. La supposizione è una verità evidente, quando le parti appartengono al paese ove contrattano; esse debbono conoscere allora le leggi e gli usi sotto il cui impero vivono. È a dirsi lo stesso anche per gli stranieri che vi sono domiciliati, cioè che vi tengono la sede principale dei loro affari. Ciò suppone, infatti, una residenza più o meno lunga, e, per conseguenza, la conoscenza delle leggi e degli usi. Lo straniero domiciliato in Francia conoscerà meglio le leggi francesi che le leggi del suo paese. Vi è, secondo il codice Napoleone, una specie di presunzione legale al riguardo cioè che lo straniero gode in Francia di tutti i diritti civili: avendo il godimento dei diritti conferiti dalle leggi francesi, si può e si deve supporre ch'egli le conosca, che vi si è sottomesso per tuttociò che concerne le relazioni del diritto privato. Ma si può dire altrettanto dello straniero semplicemente residente o passeggiero? No, certo; non si può supporre in lui l'intenzione di seguire leggi che ignora. Secondo ciò, bisognerebbe dire ch'è lo statuto personale, il quale, giusta i principii, regola le condizioni richieste per la validità o per l'esistenza delle convenzioni, salvo che il domicilio non coincida con la nazionalità; in questo caso, sarebbe la legge del domicilio.

104. È giusta i medesimi principii, ci sembra, che bisogna decidere la quistione di sapere qual'è la legge che regola gli effetti dei contratti. I contraenti, si dice, si reputano sottomessi alle leggi del paese ove contrattano. Questo principio si applica agli stranieri ed agli indigeni. Che importa, dice Merlin, che le parti sieno straniere? la necessità obbliga d'attenersi alle leggi del paese ove esse contrattano: infatti, quale legge si seguirebbe se i contraenti appartenessero a paesi differenti? È stato giudicato, in questo senso, che bisogna interpretare secondo le leggi francesi un contratto di società stipulato in Francia, quantunque questo contratto abbia ricevuto la sua esecuzione in paese straniero. È stato deciso ancora ch'è la legge del paese ove si forma il contratto di mutuo, e non quella del paese ove il mutuante è domiciliato, che determina la misura dell'interesse (1).

---

(1) Vedi le sentenze in Dalloz, alla parola *Lois*, n. 441. Una sentenza della Corte di cassazione del 23 febbraio 1864 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1864,

Noi non ammettiamo queste decisioni che con riserva. Gli effetti dei contratti dipendono, prima di tutto, dall'intenzione delle parti contraenti; quale legge queste si reputano seguire? Evidentemente la legge ch'esse conoscono. Se dunque il contratto intervenisse fra due stranieri non domiciliati in Francia, non sarebbe la legge francese, ma la legge straniera che bisognerebbe consultare per apprezzare l'intenzione dei contraenti; ignorando la legge del paese ove si trovano, essi non possono avere la volontà di riferirvisi. Se le parti appartengono a paesi differenti, si può dire con Merlin che non vi sarebbe più ragione per consultare l'una piuttosto che l'altra, che vi è dunque necessità di attenersi alla legge del luogo ove l'atto si compie (1).

La quistione ammette anche un'altra soluzione. Non è la legge del luogo ove il contratto dev'essere eseguito che ne regola gli effetti? Una legge romana sembra decidere così: il giureconsulto Giuliano dice che ciascuno si reputa d'aver contrattato là ove si è obbligato di pagare (2). La Corte di Bruxelles ha invocato questa legge per giudicare che un contratto fatto in Inghilterra doveva essere interpretato secondo le leggi belghe, perchè doveva essere eseguito nel Belgio: l'atto era stato stipulato in Inghilterra fra un inglese e un belga.

Si legge nei motivi della sentenza, che il principio stabilito dalla legge romana è stato sempre seguito nel Belgio, e che esso è conforme alla ragione ed all'equità (3). Un grande giureconsulto si è pronunziato in favore di quest'opinione. Savigny domanda qual'è la vera sede dell'obbligazione: è il luogo ove ha origine, o il luogo ove si compie? Egli risponde che il luogo ove la obbligazione si forma è un fatto accidentale, passeggero, estraneo all'essenza dell'obbligazione. Che cosa forma l'essenza dell'obbligazione? Finchè non è adempiuta, è incerta e dipende dal libero arbitrio del debitore; è il suo adempimento che la rende certa, è dunque sull'esecuzione che deve volgersi l'attenzione delle parti contraenti: in conseguenza, è il luogo ove l'obbligazione sarà eseguita che determinerà la legge secondo la quale le parti hanno inteso contrattare (4).

Con molta esitanza noi osiamo combattere una dottrina che ha per sè l'autorità d'un sì gran nome. Ci sembra che Savigny ponga la quistione in termini troppo astratti, domandando quale è la sede dell'obbligazione. A dir vero, l'obbligazione non ha sede, poichè essa è un vincolo giuridico. Quali effetti

---

I, 168) stabilisce in modo assoluto che i contratti sono regolati dalla legge del luogo ove sono stipulati, quanto alla forma, alle condizioni fondamentali e al modo di prova.

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 2.

(2) L. 21, D. *de obligat. et action.* (XLIV, 7).

(3) Sentenza del 24 febbraio 1848 (*Pasicrisie*, 1848, II, 107).

(4) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, tradotto da GUENOUX, t. VIII, § 307, p. 205 e seg.

deve produrre questo vincolo? Gli effetti sono determinati dalla volontà delle parti contraenti, poichè è la loro volontà che fa la loro legge. Tutto dipende adunque dalla volontà delle parti: se queste han manifestata la loro intenzione, è tutto detto. Se non l'hanno espressa, bisogna vedere qual'è la loro probabile intenzione; ora, è certamente probabile che le parti abbiano voluto regolare gli effetti delle loro convenzioni con la legge sotto l'impero della quale esse vivono. Questa probabilità diviene una certezza quando amendue le parti appartengono alla stessa nazione; il creditore e il debitore sono francesi, l'obbligazione deve eseguirsi in Inghilterra: qual'è la legge che le parti conoscono? E la legge francese, è a quella ch'esse si riferiscono, e non la legge inglese, che il più delle volte ignorano. Noi supponiamo ch'esse siano domiciliate in Francia; se tutte e due avessero il domicilio in Inghilterra, allora sarebbe la legge inglese che regolerebbe gli effetti dell'obbligazione, non perchè il contratto deve essere eseguito in Inghilterra, ma perchè, stabilite in Inghilterra, si reputa che esse conoscano la legge inglese meglio che la francese.

Ma che bisogna decidere se l'una delle parti è inglese e l'altra francese? Si suppone che il contratto debba eseguirsi in Francia, benchè sia stato stipulato in Inghilterra. È più difficile presumere l'intenzione, poichè può essere differente nelle due parti. Non si può dire ch'è la legge inglese piuttosto che la legge francese, poichè la posizione delle due parti è eguale; non v'ha maggior ragione per pronunziarsi piuttosto pel debitore che pel creditore. Resta a scegliere fra il luogo ove il contratto si è stipulato e quello ove deve eseguirsi. Nel dubbio, noi decideremmo che le parti hanno avuto in vista la legge del luogo ove contrattarono. Siccome l'intenzione è dubbia, bisogna vedere ove è la sede della obbligazione; ora, è là ove si è conchiusa ch'essa ha acquistata la certezza di cui parla Savigny; dal momento che il consenso è intervenuto, non vi è più nulla d'incerto. In diritto francese ciò è tanto vero, che la proprietà si trasferisce col solo consenso della volontà. È il luogo ove tutto si compie che deve determinare il diritto secondo cui si regolano gli effetti del contratto.

Tuttavia rimane un dubbio; questo dubbio non può essere tolto dalla scienza, poichè la quistione è e resterà controversa. non può esserlo neppure dalle leggi, poichè le leggi del luogo ove il contratto si fa e quelle del luogo ove s'eseguisce potrebbero essere contrarie. Non vi è che un mezzo per decidere la difficoltà e prevenire le questioni, cioè di fare dei trattati che regolino i principii del diritto internazionale privato.

N. 2. - Leggi di polizia.

105. Le leggi di polizia e di sicurezza sono leggi reali, poichè, a termini dell'art. 3 del codice, obbligano tutti coloro che

abitano il territorio. Non vi potrebbe essere il minimo dubbio sul principio; esso emana dal diritto e dal dovere che hanno le nazioni di conservarsi. Ma l'applicazione ha dato luogo a difficoltà. Che bisogna intendere per leggi di polizia e di sicurezza? Egli è certo che la parola *leggi* dev'esser intesa nel suo più largo significato, e che comprende non solamente gli atti del potere legislativo, ma anche i regolamenti comunali; questi regolamenti hanno forza di legge per gli abitanti del Comune, e si possono quindi assimilare alle leggi. Egli è certo ancora che, per leggi di polizia e di sicurezza, il legislatore ha voluto designare tutte le leggi che hanno per iscopo la conservazione dell'ordine sociale. Da ciò segue che non bisogna limitare il principio alle leggi penali; vi è una polizia preventiva che mira ad impedire i delitti, e che è certo attinente all'ordine pubblico. La giurisprudenza francese ha dato una più grande estensione al principio dell'art. 3; noi riferiremo le decisioni, aggiungendovi le nostre riserve.

106. La legge del 26 germinale anno XI interdisse ogni dimanda di nullità dei divorzi pronunziati prima della pubblicazione del codice civile. Si sa che il divorzio venne introdotto in Francia dalla legislazione rivoluzionaria; le leggi che l'organizzarono avevano un carattere politico, specialmente quelle che ammettevano il divorzio per causa d'emigrazione o d'assenza; esse lo permettevano sulla sola prova dell'assenza o dell'emigrazione, senza altra formalità, senz'altra prova. Il codice civile circoscrisse la facoltà di divorziare in limiti ben più ristretti. Nel timore che le leggi rivoluzionarie dessero luogo a processi senza fine, il legislatore credè dover proibire ogni domanda di nullità dei divorzi pronunziati anteriormente. Merlin spiega benissimo il carattere politico della legge del 26 germinale. « Il legislatore, egli dice, ha dovuto considerare che in queste cause influiva sempre lo spirito di partito; ch'esse fornivano sempre materia a declamazioni virulente contro le leggi del 1792 e dell'anno III, e più ancora contro la rivoluzione, senza la quale indubitatamente queste leggi non avrebbero avuto giammai esistenza, ma senza la quale eziandio noi gemeremmo ancora sotto il giogo del feudalismo e di tutti gli orrori ch'esso trascinava con sè ». La legge dell'anno XI, siccome quella che aveva per iscopo di proscrivere le azioni che tendevano a perpetuare rimembranze che bisognava spegnere, si deve considerare come una legge di polizia generale, che assoggetta al suo impero tutti coloro che abitano il territorio. La Corte di cassazione accolse questo sistema nella famosa causa Mac-Mahon (1).

Non è questo sorpassare i limiti dell'art. 3? Si può dire che una legge relativa al divorzio concerne la polizia e la sicu-

(1) Sentenza del 22 marzo 1806, e la requisitoria di MERLIN nel suo *Répertoire*, alla parola *Divorce*, sez. IV, § 10.

rezza? La quistione del divorzio non appartiene, anzitutto, al dominio delle leggi personali? Non era dunque la legge straniera che bisognava applicare, poichè le parti in causa erano straniere? Che il legislatore invigili che i Francesi non vengano ad attaccare le leggi rivoluzionarie e la Rivoluzione stessa davanti ai tribunali francesi, lo si capisce. Ma la sicurezza della Francia, la sua tranquillità sarebbero state compromesse, se uno straniero avesse domandato la nullità d'un divorzio? La quistione è per lo meno dubbia.

107. Vi sono altre decisioni che ci sembrano decisamente contrarie ai principii (1). Uno straniero domandò la separazione personale contro il suo coniuge straniero. Il tribunale si dichiarò incompetente, ma autorizzò la moglie a lasciare il domicilio coniugale, al fine di provvedere alla sicurezza personale del coniuge più debole. Si conservò il matrimonio e di conseguenza la potestà maritale, e si infranse questa stessa potestà. Non sarebbe stato più logico e più umano di dichiararsi competente e di pronunziare la separazione personale? La qualità di straniero può essa portare a un diniego di giustizia? In virtù di quale legge il tribunale autorizzò la moglie ad abbandonare suo marito? È forse in virtù dell'art. 3? Ma questo stesso art. 3 non consacra la potestà del marito, riconoscendo implicitamente lo statuto personale dello straniero? Il tribunale rifiuta di pronunziare la separazione personale fra due coniugi stranieri, e nel medesimo tempo la pronunzia di fatto, permettendo alla moglie di vivere separatamente!

È stato ancora deciso dalla Corte di Parigi, che il marito straniero poteva essere obbligato di fornire gli alimenti alla moglie nell'interesse dell'ordine pubblico. Perchè, in luogo d'invocare l'ordine pubblico, la Corte non ha invocato il matrimonio e le obbligazioni che ne nascono? Sempre perchè i tribunali francesi si dichiarano incompetenti fra stranieri. Ma non osano spingere questa dottrina sino all'estremo, perchè ne risulterebbe un'ingiustizia manifesta; essi fan dunque indirettamente, in nome dell'ordine pubblico, ciò che non credono poter fare direttamente. Noi ritorneremo su questa quistione di competenza. Pel momento basta notare che l'art. 3 non giustifica la decisione che noi critichiamo. Nè la sicurezza della Francia, nè la sua tranquillità sono in causa, perchè un marito straniero non fornisce alimenti a sua moglie: si tratta d'interessi puramente privati. Ma questi interessi non sono meno sacri, e debbono trovare protezione nella giustizia umana.

---

(1) Queste decisioni sono riportate da Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 1, n. 70.

N. 3. - Leggi concernenti gl'immobili.

108. « Gl'immobili, dice l'art. 3, anche quelli posseduti dagli stranieri, sono regolati dalla legge francese ». È questo lo statuto reale per eccellenza. Bisogna applicarlo alle successioni? Quando uno straniero è chiamato a conseguire, a titolo d'eredità, degli immobili situati in Francia, la successione vien regolata dalla legge francese? Bisogna decidere anzitutto una questione preliminare. Prima di ricercare da quale legge il diritto dello straniero è regolato, bisogna vedere s'egli ha un diritto. Il codice civile non glielo riconosce che a titolo di reciprocità (articoli 716, 912). Per massima adunque lo straniero non godrebbe del diritto ereditario; ma le leggi posteriori al codice glielo hanno accordato, la legge del 14 luglio 1819, in Francia, e la legge del 27 aprile 1865, nel Belgio. Resta a vedere se il diritto ereditario dello straniero è regolato dallo statuto reale o dallo statuto personale.

I giureconsulti francesi si sono pronunziati sempre per l'applicazione dello statuto reale. « In fatto di successione, dice Boullenois, è la legge della situazione dei beni che bisogna seguire per determinare coloro che debbono succedere, a quali beni e per quali porzioni » (1). Merlin, dopo d'aver riportato l'art. 3, dice che ne risulta *senza difficoltà*, che gl'immobili che lo straniero possiede in Francia saranno regolati, nella sua successione *ab intestato*, non dalla legge del suo paese, ma dalla legge francese, e ch'egli non può disporre, al pari dei Francesi, a titolo gratuito, in pregiudizio dei suoi figli o dei suoi ascendenti, che sino alla concorrenza della quota determinata dagli articoli 913 e 915 del codice civile (2). Questa opinione è condivisa da tutti gli autori francesi, ed è consacrata dalla giurisprudenza. È stato giudicato dalla Corte di cassazione che la trasmissione dei beni per via di successione è esclusivamente regolata dal diritto civile di ciascun popolo, secondo la situazione dei beni. È stato giudicato dalla stessa Corte di cassazione che la disposizione del testamento d'uno straniero, quantunque eccedente la quota disponibile secondo le leggi del suo paese, è valida in Francia, relativamente agli immobili che vi sono situati, se la liberalità non eccede la disponibile fissata dalla legge francese (3).

---

(1) BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. III, pag. 383.

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 2.

(3) Sentenza del 24 giugno 1839 (DALLOZ, alla parola *Traité*, 156); sentenza del 19 aprile 1841 (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 417); sentenza del 4 marzo 1858 DALLOZ, *Recueil périodique*, 1857, 1, 101). In applicazione di questo principio, la Corte di cassazione ha deciso che i tribunali francesi sarebbero soli com-

L'opinione consacrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza si fonda sulla distinzione degli statuti. Che cosa ha avuto in vista la legge sulle successioni? dice Demolombe. I beni e la loro trasmissione sono lo scopo immediato, essenziale del legislatore; dunque lo statuto è reale. È lo stesso delle leggi che regolano la legittima e la disponibile: esse hanno per iscopo di determinare a chi i beni saranno trasmessi, al donatario, al legatario o al legittimario; la riserva non è che una parte della successione *ab intestato*, essa è dunque della medesima natura. Si potrebbe credere che il divieto di disporre al di là della quota fissata dalla legge produca un'incapacità, che per conseguenza lo statuto è personale. A dir vero, il padre non è incapace; per lo meno l'incapacità di cui la legge lo colpisce non è lo scopo, è il mezzo; lo scopo è la trasmissione dei beni ai legittimarii, il mezzo è il divieto di disporre. Se vi fosse incapacità, la disposizione eccedente sarebbe nulla, mentre invece è valida, se alla morte non vi sono legittimarii (1).

109. L'opinione tradizionale ha trovato un aspro avversario. Savigny, l'illustre professore di Berlino, dice ch'è impossibile applicare alla successione la legge dello statuto reale. Questo statuto suppone che si tratti d'immobili determinati, situati nel tale o tal altro paese, mentre la successione è, come si suol dire, un'universalità di diritto; essa comprende immobili e mobili, diritti e doveri; essa non ha situazione locale; ove si metterà la sede dei crediti e quella delle obbligazioni? Quantunque vi sieno degli immobili, può esservi più passivo che attivo; ove sarà la sede d'una simile eredità? La successione è la trasmissione che si fa, in virtù della legge o della volontà del defunto, del suo patrimonio ad altre persone: è, a dir vero, una estensione della potestà dell'uomo al di là del termine ove essa dovrebbe fermarsi, al di là della vita. Non v'ha qui un rapporto essenzialmente personale? non si dice che l'erede continuà la persona del defunto? Quindi la legge che regola le successioni forma uno statuto personale. Su qual principio la legge si fonda per trasmettere i beni del defunto al tale o tal altro dei suoi parenti? Sulla sua volontà presunta. Ecco ancora un elemento di personalità: giacchè che cosa vi è di più personale che la volontà? Resta a sapere se la volontà può variare secondo la natura e la situazione dei beni. Abbiamo noi una volontà differente per i mobili e per gl'immobili? abbiamo noi una volontà per gl'immobili situati in Francia, ed un'altra volontà per gl'immobili situati altrove? No, certo; ebbene, la volontà es-

---

petenti per conoscere d'una azione per riduzione di liberalità fatte da uno straniero, quando le liberalità hanno per oggetto degli immobili situati in Francia (sentenza del 26 marzo 1865, in DALLOZ, 1865, I, 167).

(1) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, n. 80; MARCADÉ, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 51.

sendo unica, la legge che ne deriva deve pure essere unica, essa è la legge che regola la persona (1).

Questa opinione ha per sè i nomi più celebri nella scienza del diritto presso i nostri vicini d'Alemagna: essa tende a dominare in tutte le scuole, presso i germanisti come presso i romanisti. Mittermayer è d'accordo con Savigny. La giurisprudenza l'ha consacrata (2). Ma non ha trovato favore in Francia: noi non conosciamo che due autori d'origine alemanna, Zachariae e Arntz, che l'abbiano adottata (3). Sotto il punto di vista del nostro diritto positivo, essa è inammissibile. È vero che l'art. 3 parla degli immobili e non d'una universalità di diritto, qual'è l'eredità; ma anche gli antichi autori facevano la stessa questione e nondimeno non esitavano applicare lo statuto reale alla successione; e sono appunto i principii tradizionali che gli autori del codice hanno inteso consacrare. Ciò decide la quistione.

Ma se, secondo i nostri testi, la legge che regola la successione è uno statuto reale, egli è certo che, secondo i veri principii, lo statuto è personale. Noi abbiamo nel diritto francese un adagio che esprime con una singolare energia l'identità dell'erede e del defunto (4): « Il morto s'impossessa del vivo, del suo erede più prossimo ». È tanto vero che l'erede s'identifica col defunto, ch'egli continua anche il possesso che il defunto ha cominciato. La successione è dunque un prolungamento della persona del defunto: si può concepire un diritto più personale? Si obbietta che non è esatto che le leggi relative alle successioni *ab intestato* siano l'espressione della volontà presunta del defunto; quando si vede un collaterale del duodecimo grado concorrere col padre o colla madre del defunto, si può dire che il legislatore abbia avuto in vista l'affezione del defunto ai suoi parenti? È vero che il sistema del codice mena a conseguenze che sono in opposizione con la volontà presunta del defunto. Ciò non impedisce che il legislatore non si basi, in generale, sull'affezione, sui legami più o meno prossimi della parentela, per conferire le successioni; ora, dal momento che la volontà dell'uomo ha la più gran parte nella trasmissione dei suoi beni, lo statuto dovrebbe essere personale.

S'insiste e si dice che, se la volontà dell'uomo è presa in considerazione nella successione *ab intestato*, non è certamente così quando il defunto ha disposto dei suoi beni per donazione o testamento e che lascia eredi legittimarii. In questo caso, lungi dal rispettare la volontà del defunto, il legislatore la

(1) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, tradotto da GUENOUX, t. VIII, §§ 375 e 376.

(2) FOELIX, *Trattato del diritto internazionale privato*, p. 82.

(3) ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, t. I, § 21, n. 4. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. I, n. 72.

(4) *Le mort saisit le vif et son hoir le plus proche.*

viola. Nulla di più vero, ma perchè? Egli è precisamente a ragione dei legami intimi ch'esistono fra i legittimarii e il defunto. Vi è qualche cosa di più personale che il dovere, che il rispetto? Ebbene, il legislatore richiama al dovere il padre che lo disconosce, richiama al rispetto il figlio che lo conculca. E si vuole che la legge, la quale sanziona questo dovere e questo rispetto, sia una legge reale, che si preoccupi esclusivamente dei beni e della loro trasmissione!

Infine si pretende che la legge che regola la successione sia essenzialmente politica, e che, come tale, debba regolare tutti gli abitanti del territorio e tutti gl'immobili che vi sono situati (1). Noi non neghiamo il carattere politico delle leggi di successione; aristocratiche sotto l'antico regime, esse tendevano a perpetuare l'aristocrazia, concentrando sopra un sol capo la fortuna immobiliare delle famiglie. Dopo la rivoluzione dell'89 esse son divenute democratiche ed han fatto penetrare i principii di libertà e d'uguaglianza in tutti gli strati della società. Ciò è incontestabile, ma che prova? Che il legislatore francese voglia democratizzare la Francia, niente di più naturale e di più legittimo; ma può avere la medesima pretensione per gli stranieri? Riguardo ad essi la personalità riprende il suo impero, e il legislatore deve rispettarla, se vuole che si rispetti all'estero la personalità del francese. Aggiungiamo che, se ci fosse nello statuto personale dello straniero un principio ostile al diritto pubblico della Francia, sarebbe questo il caso d'applicare l'eccezione da tutti ammessa: lo statuto personale cede innanzi ad un interesse sociale. Noi ritorneremo su questo punto.

110. Così la legge che regola le successioni, reale secondo la dottrina tradizionale degli statuti, è personale secondo i veri principii. Ecco di già un grave pregiudizio contro la teoria degli statuti. I nostri dubbii aumentano ad ogni nuovo statuto reale che incontriamo. L'art. 907 dice che il minore non può disporre a favore del suo tutore, quantunque sia pervenuto all'età di sedici anni; anche divenuto maggiore, non può disporre a favore di colui ch'è stato suo tutore, fino a che non è stato reso il conto della tutela. Statuto reale, dice la dottrina, poichè ha principalmente per obbietto i beni: non è un'incapacità che il legislatore vuol creare, egli non ha in vista lo statuto del minore ma la conservazione dei suoi beni (2). Ciò è giustissimo stando alla teoria tradizionale; ma la conseguenza attesta contro il principio. Che! il legislatore vuol conservare i beni del minore, e gli permette di disporne a favore di chi voglia! Il solo tutore è eccettuato, per tutto il tempo che la tutela dura; divenuto maggiore, il pupillo può disporre a favore del suo tutore, purchè costui abbia reso i suoi

---

(1) Valette in Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 98.
(2) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 411.

conti. Ciò ci rivela lo spirito e lo scopo della legge. Il minore non è libero quando dispone a favore del suo tutore; quindi v'è una condizione di capacità che gli manca; esso è incapace a ragion del suo stato e della potestà tutoria. Non vi sono in ciò i caratteri d'una legge personale? L'incapacità derivante dallo stato del minore non lo deve seguire dappertutto? Il legislatore proteggerebbe un incapace per i beni ch'egli ha in Francia, e non lo proteggerebbe per i beni che ha in Inghilterra! Che se la legge straniera permettesse al minore di disporre in favore del suo tutore, perchè la legge francese glielo proibirebbe? In appoggio di questa opinione si può anche invocare lo stesso testo del codice Napoleone. Il capitolo II è intitolato: *Della capacità di disporre o di ricevere*. È dunque una condizione di capacità che è stabilita dall'articolo 907; quindi lo statuto è personale.

111. A termini dell'art. 908 il figlio naturale nulla può ricevere, per donazione tra vivi o per testamento, oltre ciò che gli è accordato al titolo delle *Successioni*. Ecco ancora uno statuto reale, secondo la maggior parte degli autori. Esso non colpisce, si dice, il figlio naturale d'una vera incapacità. Infatti, dal momento ch'egli più non concorre con parenti legittimi, suo padre può dargli tutti i suoi beni. Qual'è dunque lo scopo del legislatore? È quello di confermare la legge sulle *successioni:* egli teme che il padre non sia troppo disposto a spogliare i suoi parenti legittimi a favore dei suoi figli naturali: dunque egli vuole conservare i beni nella famiglia legittima. Una tal quistione è dubbia, anche sotto il punto di vista dei principii tradizionali sugli statuti. Si può dire: No, lo scopo della legge non è di conservare i beni ai parenti legittimi, poichè dal momento che costoro non sono legittimarii, il defunto può tutto dare salvo la quota del figlio naturale: vi è dunque una vera incapacità, in conseguenza uno statuto personale (1). Se si scrutano i motivi della legge, la cosa, ci sembra, sarà evidente. Il figlio naturale è in concorso con parenti legittimi. Perchè la legge limita la porzione dei beni ch'egli può conseguire? Per onorare la parentela legittima, e in conseguenza il matrimonio; per riprovare il concubinato ed escludere i figli ai quali esso dà vita. È dunque veramente un motivo di stato che ha determinato il legislatore. Ecco perchè, quando non vi sono parenti legittimi, il figlio naturale può tutto ricevere; perchè allora l'interesse del matrimonio è fuori di quistione; non esiste più lo scandalo che vi sarebbe se parenti naturali fossero preferiti a parenti legittimi. Perciò, quando la legge dichiara il figlio naturale capace od incapace di ricevere, è sempre il rispetto dovuto al matrimonio che detta le sue disposizioni. E si vuole che questa legge sia reale, che essa non abbia in vista che i beni!

---

(1) MARCADÈ espone benissimo i motivi pro e contro la realtà dello statuto (*Cours élementaire de droit civil*, t. I, p. 52).

112. Vi sono leggi e consuetudini che proibiscono alla moglie di obbligarsi pel marito. La Corte di cassazione ha visto in questa proibizione uno statuto reale: ed ha ragione in questo senso, che la legge vuole impedire che la moglie spogli sè e i suoi figli nell'interesse del marito; essa ha dunque per iscopo la conservazione dei beni. Ma la sentenza medesima che decide così ci offre un motivo di dubbio sotto il punto di vista dei veri principii. Essa aggiunge che questo statuto ha il carattere d'una convenzione tacita, sotto la fede della quale il matrimonio è stato contratto (1). Se è una convenzione, non bisogna, anzitutto, consultare l'intenzione delle parti contraenti? E questa intenzione può essa dipendere dalla situazione dei beni? I coniugi hanno forse diversa intenzione per i beni situati in Francia che per quelli situati in Inghilterra? Se è una convenzione, gli effetti ch'essa deve produrre si regolano, non secondo la legge del luogo ove i beni sono situati, ma secondo lo statuto personale, o secondo lo statuto del domicilio, se il domicilio differisce dalla nazionalità. La personalità dello statuto è certa, se si considerano i motivi che han fatto stabilire la proibizione. Senza dubbio, la legge vuole impedire che la moglie spogli sè e i suoi figli: ma ciò significa forse che essa abbia principalmente in vista i beni della moglie? Se tale fosse stato lo scopo del legislatore, egli avrebbe dovuto dichiararla assolutamente incapace, ma allora anche la personalità dello statuto sarebbe stata assolutamente incontestabile. Se la legge proibisce alla moglie d'obbligarsi pel marito, nel mentre le permette di obbligarsi per i terzi, gli è perchè suppone che la moglie non è libera, quando si tratta del marito, di rifiutare il suo consenso. È dunque un elemento essenziale della capacità il consenso che manca o che è alterato: non vi è qui uno statuto essenzialmente personale?

113. Il divieto fatto ai coniugi di farsi reciprocamente donazione, in certi casi, è uno statuto reale. Infatti, esso ha principalmente per iscopo d'impedire ai coniugi di spogliarsi l'un l'altro, e per conseguenza tende a conservare i beni di ciascuno di essi ai loro eredi. Gli antichi Parlamenti han deciso così, e si possono vedere in Boullenois le testimonianze dei nostri più grandi giureconsulti che condividono quest'opinione. Dumoulin e D'Argentré, in disaccordo su tutto, son qui del medesimo avviso (2). Sotto il punto di vista della dottrina tradizionale, non v'ha dunque quistione (3). Ma, se si lascia da parte la tradizione per consultare la ragione, si elevano dei dubbii serii contro la

---

(1) Sentenza del 25 marzo 1840 (Dalloz, alla parola *Lois*, n. 411).

(2) Boullenois, *Traité de la personnalité e de la réalité des statuts*, t. II, p. 100 e seg.

(3) Così fu giudicato con sentenza della Corte di cassazione del 4 marzo 1857 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1857, I, 107). La medesima sentenza decide che la legge sarda, che proibisce agli sposi di stipulare un'altra comunione oltre

realtà di questo statuto. La legge ha per iscopo, si dice, di conservare i beni ai coniugi; e intanto essa permette loro di donarli a chi vogliono! Quel divieto dunque rassomiglia singolarmente ad una incapacità. Non è essa fondata sopra considerazioni tratte dal matrimonio? Il legislatore non ha temuto l'influenza eccessiva d'un coniuge sull'altro? Non ne risulta una violenza morale, una specie di vizio del consenso? E tutto ciò che è attinente al consenso non è forse essenzialmente personale?

Merlin confessa che i motivi della legge sono personali: essa vuole assicurare, egli dice, fra i coniugi l'unione e la concordia. Non è questa una ragione per dichiarare lo statuto personale? No, egli risponde; per discernere se uno statuto è reale o personale, non bisogna fermarsi ai motivi che han potuto preoccupare il legislatore, non bisogna che considerare l'oggetto su cui questi emana la legge. Ora, qual'è l'oggetto di una legge che proibisce le donazioni fra i coniugi? I giureconsulti romani ce lo dicono, è d'impedire ad essi di spogliarsi reciprocamente dei loro beni: è dunque sui beni che cade lo statuto, in conseguenza è reale (1). Merlin ragiona logicamente: ma la logica non attesta qui contro la dottrina? Che! bisogna fare astrazione dai motivi per i quali il legislatore ha stabilito la proibizione! Non v'ha in ciò un modo meccanico d'interpretare le leggi? I motivi sono lo spirito della legge, sono la sua anima; bisogna dunque lasciare l'anima da parte e attenersi al corpo! Il legislatore teme che il consenso dei coniugi non sia alterato per l'influenza abusiva che uno esercita sull'altro: ma egli limita il suo timore o la sua sollecitudine agli immobili situati in Francia; se i coniugi dispongono dei beni situati in un paese ove la legge permette loro di spogliarsi l'un l'altro, la legge francese approva: il consenso è viziato in Francia, è libero in Inghilterra! A noi sembra impossibile di scindere così la volontà dell'uomo.

114. La Corte di Liegi ha giudicato che lo statuto che proibisce al marito di alienare gl'immobili della moglie senza il suo consenso è reale (2). È sempre la stessa ragione; la legge ha per iscopo principale di conservare gl'immobili della moglie. Senza dubbio; ma qual'è il principio della proibizione? Non è la volontà medesima delle parti contraenti? Egli è certo che i diritti del marito sui beni della moglie dipendono dalle convenzioni matrimoniali degli sposi, espresse, quando regolano essi stessi i loro interessi, tacite, quando si riferiscono alla legge che forma il diritto comune. Ora, le convenzioni non risultano

---

quella di acquisti, è uno statuto reale. Sotto il punto di vista della dottrina tradizionale, la decisione è irreprensibile. Ma secondo l'intenzione delle parti? secondo la ragione?

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Avantages entre époux*, § 2.

(2) Sentenza del 31 luglio 1811 (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 413).

dalla volontà delle parti? e che v'ha di più personale che la volontà? Gli sposi non vogliono che il marito alieni gl'immobili della moglie situati in Francia; ma se gl'immobili sono situati in Germania, la loro volontà è diversa! La volontà si scinde, cangia secondo la situazione dei beni? Il diritto francese dice che le convenzioni matrimoniali sono irrevocabili: non equivale questo a dire che la volontà dei coniugi è quella che è determinata al momento del contratto? E si vuole intanto ch'essa muti da un paese all'altro, e che cangi senza che ne abbiano coscienza! poichè essi non conoscono neppure queste legislazioni locali, secondo le quali si fa loro volere il contrario di ciò che hanno realmente voluto!

115. Quale legge regola l'alienabilità o l'inalienabilità della dote? Quasi tutti gli autori si pronunziano per la realità dello statuto; e questa opinione è stata consacrata da numerose decisioni della Corte di cassazione. È stato deciso che lo statuto il quale ha per oggetto la conservazione d'una certa specie di beni nelle famiglie è essenzialmente reale. D'onde segue che una donna straniera, maritata sotto il regime dotale, non può alienare i suoi immobili dotali situati in Francia che nei casi in cui la legge francese lo permette per eccezione (1). Questa opinione è fondata sulla dottrina tradizionale degli statuti. Perchè uno statuto sia personale, dice la Corte di Lione, bisogna ch'esso regoli direttamente, e astrazion fatta dai beni, la capacità generale e assoluta delle persone di contrattare: quando la legge riconosce una persona capace di alienare i suoi beni e le proibisce solamente di alienarne alcuni, quest'ultimo statuto è reale, poichè non ha che questi beni per oggetto. Tale è la legge che dichiara i beni dotali inalienabili: la donna maritata sotto il regime dotale non è colpita d'una incapacità generale ed assoluta, al contrario rimane capace d'alienare i suoi beni parafernali: non sono che taluni beni di cui le è proibita l'alienazione, gl'immobili dotali; la legge che stabilisce l'inalienabilità del fondo dotale è dunque reale. Vi è un'altra ragione, già esposta dalle leggi romane, per decidere così. Importa alla società che le donne conservino la loro dote, poichè la società è interessata a che, vedove, esse possano rimaritarsi (2).

Noi non intendiamo criticare un'opinione che ha per sè la dottrina degli autori e la giurisprudenza. Solamente ci pare che la decisione sia contraria al principio su cui s'appoggia. Essa conduce, infatti, a violare l'intenzione delle parti contraenti, la quale forma la loro legge. Secondo il diritto francese, è certo che l'inalienabilità del fondo dotale non è imposta ai coniugi, i quali sono liberi di dichiarare che gl'immobili dotali sono

(1) Vedi gli autori e le sentenze che cita DALLOZ alla parola *Lois*, n. 412 e 413. MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Régime dotal*, § 1, n. 2.

(2) Sentenza della Corte di Lione del 25 gennaio 1823, confermata dalla Corte di cassazione (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 388).

alienabili. Tutto dipende adunque dalla loro volontà, che può essere espressa o tacita. Basta che gli sposi si maritino sotto l'impero d'una legge che dichiara i beni dotali alienabili, perchè essi possano alienarli, se non hanno convenuto diversamente. Supponiamo che, secondo le loro convenzioni tacite, fatte all'estero, i beni dotali sieno alienabili: si proibirà nondimeno a questi sposi di alienare i fondi dotali situati in Francia! E perchè? Perchè, in virtù del meccanismo giuridico che regola questa materia, lo statuto è reale. Può forse la legge reale prevalere sulla volontà delle parti in una materia ove tutto dipende dalla loro volontà? Invano s'invoca l'interesse generale; se vi fosse un interesse generale in causa, la legge non permetterebbe ai coniugi di derogarvi. La verità è che v'ha conflitto d'interessi; l'interesse sociale domanda che i beni restino nel commercio: l'interesse della moglie e dei figli domanda che i beni sieno messi al sicuro dalle dissipazioni del marito, ciò ch'è ancora un interesse generale: in questo conflitto la legge si rimette ai coniugi. Quindi la loro volontà fa legge: s'essi vogliono garantire la moglie contro la sua debolezza e contro le importunità, le violenze del marito, bisogna che la loro volontà sia rispettata, come del pari deve esserlo se essi dichiarano che i beni dotali potranno essere alienati. Ora, è rispettare la volontà dei coniugi il determinare che, ciò non ostante, gl'immobili dotali saranno alienabili o inalienabili? (1).

116. La legge che accorda un'ipoteca ai minori sui beni del tutore, ed alle donne maritate sui beni del marito, è reale o personale? È una quistione controversissima (2). V'ha un punto preliminare da decidere. L'ipoteca legale, cioè, è uno di quei diritti civili che la legge non accorda che ai Francesi, e ricusa, per ciò stesso, agli stranieri? Se l'ipoteca legale è un diritto civile, nel senso stretto della parola, è inutile discutere la personalità o la realtà della legge che la stabilisce; poichè, in questo caso, lo straniero non potrà giammai esercitarla sui beni situati in Francia. È solamente quando egli gode di questo diritto che si può domandare se è regolato dalla legge francese o dalla straniera. Noi non entriamo in questa controversia preliminare, essendo stata la quistione decisa in favore degli stranieri dalla nostra legge ipotecaria del 16 dicembre 1851 (art. 2 addizionale).

I minori stranieri e le donne straniere possono dunque avere un'ipoteca legale sui beni del tutore e del marito situati nel Belgio: la nostra legge sembra anche che disponga che questa ipoteca appartiene loro in ogni caso, poichè dice: « Il minore straniero *avrà* ipoteca legale », e la legge aggiunge: quando

---

(1) Questa è l'opinione di DEMANGEAT, *Du statut personnel* (*Revue pratique de droit français*, t. I, p. 59 e seg.).

(2) Vedi le fonti in DALLOZ, *Privilèges et hypothèques*, n. 868.

anche la tutela fossa stata attribuita in paese straniero, e quando anche la donna si fosse maritata in paese straniero. Ma il testo non ha il senso assoluto che sembra avere. Lo scopo del legislatore non è stato quello di decidere che lo statuto dell'ipoteca legale è reale; esso ha voluto troncare la controversia ch'esisteva sulla quistione di sapere se l'ipoteca legale era un diritto civile, decidendo che è un diritto naturale. Resta a sapere da quale legge questo diritto è regolato. Il legislatore belga non ha inteso di pregiudicare la quistione. Ciò che lo prova è che la Commissione del Senato si domandò se il minore straniero avrebbe un'ipoteca legale nel Belgio, quando secondo le leggi del suo paese egli non avesse questa guarentia, e la relazione decise la quistione contro il minore. Noi non diciamo che l'opinione della Commissione faccia legge. La quistione però rimane sempre insoluta, nonostante i termini imperativi dell'articolo 2 addizionale.

Noi crediamo, con la Commissione del Senato, che lo statuto dell'ipoteca legale sia personale, nel senso che è la legge straniera quella che decide a quale guarentia il minore e la donna maritata han diritto. Non bisogna perdere di vista che l'ipoteca non è che un accessorio del credito principale. Donde nasce questo credito? Dalla tutela e dal matrimonio, e quindi da due fatti che costituiscono uno stato da cui deriva un'incapacità. Il credito principale appartiene dunque a uno statuto personale: non deve essere lo stesso della guarentia che l'assicura? I motivi per i quali la legge accorda un'ipoteca ai minori ed alle donne maritate conducono alla stessa conclusione. È ad incapaci che la legge dà questa guarentia, è perchè il minore e la donna maritata non possono invigilare essi stessi ai loro interessi che il legislatore interviene e stipula per essi, facendo quel che avrebbero fatto essi, se ne avessero avuto la capacità. Una guarentia accordata ad un incapace, in ragione della sua incapacità, non è forse una dipendenza dello statuto personale, e non partecipa della natura di questo statuto? L'ipoteca legale non è essa personale nel senso che si reputa stipulata dal creditore?

Vi è ancora un'altra considerazione che viene in appoggio di quest'opinione. La tutela ha luogo all'estero, il minore è straniero: quali saranno le guarentigie di cui esso godrà per la sua persona e per i suoi beni? È evidentemente la legge personale che decide questa quistione; e la decide secondo i costumi, la tradizione, lo stato sociale, tutti elementi nazionali, personali. Qua v'ha un collegio pupillare, là sono i tribunali che intervengono, altrove è il consiglio di famiglia e vi sono delle sicurtà reali. Il minore può egli cumulare tutte queste guarentigie? Per quelle che derivano da certi istituti, quali il consiglio di famiglia o il collegio pupillare, ciò sarebbe impossibile; le guarentigie reali, a rigore, potrebbero esistere e concorrere con altre misure di previdenza. Vi sarebbe però sempre un miscuglio di sistemi contrarii, ciò che sarebbe poco giuridico.

Dicendo che lo statuto dell'ipoteca legale è personale non intendiamo certo dire che l'ipoteca sarà organizzata ed esercitata conformemente alla legge straniera. La nostra legge ipotecaria dice il contrario: essa vuole che le ipoteche legali degli stranieri siano designate specificatamente e rese pubbliche, secondo le prescrizioni della legislazione belga. A più forte ragione è così dell'esercizio dell'azione ipotecaria. Ciò è perchè la specializzazione e la pubblicità delle ipoteche sono stabilite nell'interesse dei terzi, dunque per un interesse generale; perciò gli stranieri devono adempiere a queste formalità così come gli indigeni. Il modo poi di esercitare il diritto ipotecario appartiene al diritto pubblico come tutta la procedura; vale a dire ch'esso è essenzialmente d'interesse generale, per conseguenza obbligatorio per tutti coloro che abitano il territorio.

N. 4. Leggi concernenti i mobili.

117. Era una massima delle nostre consuetudini che « i mobili seguono il corpo o la persona ». Da ciò l'opinione comune nell'antico diritto che le leggi che regolano i mobili formano uno statuto personale (1). La Commissione incaricata di redigere un progetto di codice civile formulò questo principio nel *Libro preliminare* (titolo IV, art. 5): « I mobili del cittadino francese residente all'estero sono regolati dalla legge francese come la sua persona ». Si sa che questi principii generali sulle leggi furono omessi; essi attestano nondimeno che gli autori del codice erano nell'ordine d'idee che regnava nella dottrina e nella giurisprudenza prima dell'89. Ma serbando l'art. 3 il silenzio sui mobili, i giureconsulti si sono divisi. Ve ne sono che ammettono la realità dello statuto che regola i mobili, per la stessa ragione per cui il codice dichiara che la legge francese regola gl'immobili appartenenti agli stranieri. I mobili non sono forse, al pari degl'immobili, sottomessi al sovrano del paese ove si trovano? Che importa che non facciano parte del suolo? Ciò non impedisce che non sieno sotto la mano del potere pubblico là ove si trovano. Si dice ch'essi sono ambulatorii e che per conseguenza si reputa che non abbiano un luogo fisso. Pura finzione questo adagio! La verità è che i mobili hanno sempre un luogo fisso, quantunque non possa essere permanente. Ma dal fatto che essi cambiano di luogo si può conchiudere che non hanno luogo? Se la sovranità, come si dice, è di sua essenza intiera, indivisibile, non deve estendersi tanto sui mobili quanto sugli immobili? Invano il legislatore avrebbe detto, come facevano gli autori del codice, che i mobili del cittadino francese sono regolati dalla legge francese; in realtà, il potere del legislatore si ferma alla frontiera, nè vi è alcun mezzo di dare

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXV, n. 2 e seg..

una sanzione alla personalità dello statuto concernente i mobili: e si concepisce che il legislatore emani delle leggi di cui gli è impossibile d'assicurare la esecuzione? (1).

La conseguenza più importante di questa prima opinione è che la successione mobiliare dello straniero è regolata dalla legge francese tanto per i mobili che possiede in Francia, quanto per gl'immobili. Vi sono delle sentenze in questo senso. Si ammette che nell'antico diritto i mobili erano regolati dallo statuto del domicilio del defunto. Ciò si concepisce, dicesi, da consuetudine a consuetudine, sotto l'impero della stessa sovranità; ma questa finzione non si potrebbe estendere a Stati sottomessi ad una diversa sovranità. Una sentenza della Corte di Rouen ha deciso, conseguentemente, che tanto i beni mobili quanto gli immobili, che si trovavano in Russia, fossero validissimamente acquistati dalla persona immessa nel possesso di questi beni, in virtù delle leggi e delle sentenze russe (2). E la Corte di Riom ha giudicato che la successione mobiliare d'uno straniero doveva essere regolata dalla legge francese per i mobili che si trovavano in Francia (3).

118. Merlin conviene che l'art. 3 del codice non può essere invocato in favore dello statuto personale. Invero, dalla disposizione della legge, la quale dice che gl'immobili, anche quelli posseduti dagli stranieri, sono regolati dalla legge francese, si può inferire che i loro mobili sono regolati dalla legge straniera? Bisognerebbe inferirne anche che la legge francese non regola i mobili posseduti in Francia dai Francesi; il che è assurdo. Il silenzio del codice non può essere dunque invocato per la personalità dello statuto mobiliare. Stando al rigore del diritto civile, continua Merlin, bisognerebbe dire che la finzione giuridica, la quale reputa i mobili situati nel domicilio della persona cui appartengono, non riceve applicazione all'estero, poichè il diritto civile di ciascuno Stato è limitato a questo Stato medesimo; si può estendere a un altro Stato una finzione ch'è l'opera della legge e che non esisterebbe senza di essa? Ma è questo il caso di osservare il diritto civile in tutto il suo rigore? Se gli Stati si prestano, per cortesia, ad applicare le leggi straniere che regolano lo stato e la capacità delle persone, perchè non agirebbero nello stesso modo per regolare la trasmissione dei loro mobili? Il silenzio del codice può essere invocato tanto a pro dello straniero quanto contro di lui. Se questo silenzio implica che i mobili, appartenendo al francese, sono regolati dalla legge francese, perchè non si ammetterebbe il medesimo principio per i mobili posseduti dallo straniero, vale a dire la legge personale tanto per l'uno quanto per l'altro? (4).

---

(1) Questa è l'opinione di MARCADÉ, t. 1, p. 80, n. 6.
(2) Sentenza del 25 maggio 1813 (DALLOZ, alla parola *Droits civils*, n. 445).
(3) Sentenza del 7 aprile 1855 (DALLOZ, alla parola *Droits civils*, n. 86, 2).
(4) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 3.

119. Questa seconda opinione è in armonia con la tradizione; ed è anche nello spirito del diritto francese. Si sa il poco pregio in che l'antico diritto aveva i mobili: *vilis mobilium possessio*. Che importava al legislatore che queste cose vili fossero regolate da una legge straniera? Il potere sovrano non v'era mica interessato; esso si estendeva sugl'immobili, il che gli bastava; poichè sono gli immobili che costituiscono il territorio e non i mobili; ora, la sovranità è essenzialmente territoriale. Le cose sono ben cangiate dopo lo sviluppo prodigioso che l'industria ha preso nei tempi moderni; la ricchezza mobiliare tende a prevalere sulla ricchezza immobiliare, poichè essa non ha limiti. Si capisce quindi come siasi anche operata una rivoluzione nelle idee dei giureconsulti; essi subirono l'influenza dei tempi nuovi. Da ciò una terza opinione sulla natura delle leggi che regolano i mobili. Si tien conto della cortesia invocata da Merlin; ma se si è disposti a mostrarsi cortesi verso lo straniero, lo si è a condizione che lo straniero si mostri alla sua volta cortese verso di noi. Se esso permette alla legge francese di regolare i mobili che appartengono al francese residente all'estero, si mostrerà la stessa benevolenza per la legge straniera, e le si permetterà di seguire i mobili come la persona dello straniero in Francia. I codici di Prussia e d'Austria ammettono lo statuto personale dello straniero per i suoi mobili; noi l'ammetteremo per reciprocità per i mobili che i Prussiani e gli Austriaci possiedono in Francia. Ma il codice bavarese applica lo statuto reale ai mobili che uno straniero possiede in Baviera: si applicherà in Francia lo statuto francese ai mobili che un bavarese vi possiede, se un interesse francese vi si trovi coinvolto (1). Ciò vuol dire che un solo e medesimo statuto sarà ora reale, ora personale, secondo che i Francesi avranno interesse a riguardarlo come reale o come personale. Ciò è inammissibile. Invano s'invoca il silenzio del codice. È vero che non v'è alcun testo che possa essere violato. Ma quando la legge è muta, il giudice non è esso legato dai principii? Il codice medesimo non ammette la distinzione degli statuti per lo straniero così come per l'indigeno?

120. Se si potesse fare astrazione dalla tradizione, bisognerebbe rigettare la distinzione dei mobili e degl'immobili, che non ha alcun fondamento reale. La considerazione del valore non è un motivo giuridico; e se lo s'invocasse, la bilancia sarebbe per lo meno uguale fra la ricchezza mobiliare e la ricchezza immobiliare. Si dice che i mobili servono all'uso della persona; ciò è vero di alcuni effetti mobiliari, ma non è certamente vero per le azioni e le obbligazioni create dal commercio e dalla industria; esse servono alla persona per lo stesso titolo che gl'immobili, vale a dire come istrumento dello sviluppo in-

(1) Questa è l'opinione di DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. 1, p. 110, n. 95.

tellettuale e morale. Essendo della medesima natura, ed avendo la medesima destinazione, perchè i mobili seguirebbero un'altra legge diversa da quella degl'immobili? Forse perchè non fanno parte del territorio? La nozione che limita la sovranità al territorio era giusta negli antichi tempi, allorquando i possessori del suolo erano sovrani, e non v'era ricchezza mobiliare. Ma, di fronte alle meraviglie dell'industria, si può dire ancora che la sovranità non si curi dei beni mobili? No, certo. Ogni ricchezza interessa il legislatore, perchè più una nazione è ricca, più essa è civilizzata. Non già che la ricchezza sia lo scopo della civiltà. Dio ci guardi da un simile materialismo che ci condurrebbe difilati alla barbarie! ma la ricchezza è lo strumento della coltura intellettuale e morale, e quindi dev'essere sottoposta all'azione della legge, consista in mobili od in immobili.

Savigny ci insegna che questa opinione prevale fra i giureconsulti alemanni, sebbene siano divisi, secondo che cioè appartengono alla scuola dei germanisti o a quella dei romanisti; e la giurisprudenza entra essa pure in quest'ordine d'idee (1). È impossibile ammettere questa dottrina nel diritto francese, poichè la distinzione dei mobili e degl'immobili è scritta in ciascuna pagina dei nostri codici, e il testo medesimo dell'art. 3 ne fa l'applicazione alla materia degli statuti, poichè esso non reputa statuto reale che quello il quale regola gl'immobili. Restiamo dunque fedeli alla nostra tradizione giuridica, sino a che il legislatore trovi bene di modificarla. È sotto questo punto di vista che bisogna mettersi per decidere se lo statuto che regola i mobili è personale o reale. L'interesse della quistione si concentra sulla successione mobiliare. Merlin non trova alcuna difficoltà nell'applicare lo statuto personale, sia alla successione *ab intestato* dei beni mobili, che si trovano sul territorio francese, sia alla legittima e alla quota disponibile. Era l'antica dottrina: era quella degli autori del codice: quindi il silenzio del codice è significantissimo. Se l'argomento tratto dal silenzio della legge non ha alcun valore quando è in opposizione con i principii, non può essere rigettato quando s'appoggia sopra una tradizione secolare (2). È vero che ne risulterà una singolare anomalia: cioè che la successione dello straniero sarà regolata dalla legge francese per gl'immobili ch'egli possiede in Francia,

---

(1) Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. VIII, p. 117 (dalla traduzione francese).

(2) In questo senso fu deciso, con sentenza del 15 marzo 1850, dalla Corte di Parigi (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, p. 79). La Corte ne ha tratta questa conseguenza, che non appartiene ai tribunali francesi di conoscere d'una domanda in divisione d'una simile successione. Ciò è per lo meno dubbio. La Corte di cassazione ha ancora deciso che l'azione per riduzione delle donazioni mobiliari non può essere portata innanzi ai tribunali francesi (sentenza del 22 marzo 1865, in Dalloz, 1865, I, 127). Confronta, nel medesimo senso, una sentenza della Corte di Parigi del 6 gennaio 1862 (Dalloz. 1862, 2, 73).

mentre i suoi beni mobili saranno trasmessi secondo la legge straniera. Ma l'anomalia è nel sistema del codice, è inerente allo statuto reale, poichè nella sua applicazione al diritto successorio esso conduce ad altrettante applicazioni diverse quanti sono gl'immobili situati nei diversi paesi. Secondo il nostro parere, lo statuto personale dovrebbe regolare tutta l'eredità; noi manteniamo il principio tradizionale dello statuto mobiliare, come un primo passo fatto nella vera dottrina.

121. Gli autori che ammettono lo statuto personale per regolare la successione mobiliare convengono che, allorquando i mobili non formano una universalità, sono sottoposti allo statuto reale. Merlin domanda quale legge bisogna seguire pel sequestro dei mobili appartenenti ad uno straniero in Francia. Egli risponde, senza esitare: La legge francese. Il giudice del luogo ove si trovano i mobili, essendo solo competente per conoscere del sequestro, è in virtù della legge francese ch'egli deve giudicare se il sequestro è bene o male fatto. La ragione non ci pare decisiva; infatti, la personalità o la realtà d'uno statuto non dipendono dalla competenza del giudice. Bisogna nondimeno adottare la decisione di Merlin, per un motivo perentorio: il sequestro è una quistione di procedura, e la procedura è di diritto pubblico. Ciò vuol dire che è in causa il potere sovrano, e, quando è impegnata la sovranità, non si tiene più conto della differenza di nazionalità. Sono ufficiali pubblici che sequestrano: che possono essi sequestrare? Ciò che la legge in nome della quale agiscono permette loro di sequestrare. In qual forma procedono? Secondo la forma prescritta dalla legge che autorizza il sequestro.

La legge francese, continua Merlin, la quale dichiara che in fatto di mobili il possesso vale titolo, s'applica ai mobili che uno straniero possiede in Francia; poichè si tratta di rivendicare, vale a dire d'esercitare un'azione giudiziaria. Ora il giudice non può ammettere l'azione se non quando la legge francese l'autorizza. Vi è un'altra ragione che è più decisiva. Il principio che in fatto di mobili il possesso vale titolo è fondato sull'interesse del commercio, ch'è un interesse vitale per lo Stato. Quindi uno straniero non può essere ammesso a giovarsi di questo statuto personale, poichè sarebbe sagrificare l'interesse della società alle convenienze d'uno straniero, il che è assurdo.

Infine, dice Merlin, la successione mobiliare, in mancanza di eredi, si devolve allo Stato, ove i mobili si trovano, e non allo Stato cui appartiene il defunto. Qui v'ha un motivo di dubitare: lo Stato non succede come erede? od almeno come successore irregolare? Quindi sembrerebbe ch'esso possa invocare lo statuto personale al pari di ogni altro successore. È vero che lo Stato è successore, ma non per lo stesso titolo dei parenti del defunto; esso non ha alcuna qualità per succedere. Se la legge gli devolve le successioni mancanti d'erede, è in applicazione del principio che i beni vacanti e senza padrone

appartengono al pubblico demanio; e questo principio è d'ordine pubblico, poichè ha per iscopo d'impedire le vie di fatto. Ciò decide la quistione in favore dello statuto reale (1).

§ 4. *Critica della dottrina degli statuti.*

122. La dottrina degli statuti personali e reali ha un fondamento razionale? Essa è considerata come un assioma, ma non si è mai cessato di disputare, nell'antico diritto e nel nuovo, sull'applicazione dei principii tradizionali: si può dire che in questa materia vi sono tante controversie quante sono le quistioni. Ciò non deve far nascere qualche dubbio sulla verità di questi principii? Dimentichiamo per un momento la tradizione, ed esaminiamo la natura delle leggi. Portalis diceva al Corpo legislativo il 28 frimaio anno X: « Tutto mette capo alla persona ». In questo senso tutte le leggi sono personali. Vi sarebbero leggi, se non vi fossero persone? Non basta. Che cosa sono le leggi? Sono esse un fatto arbitrario? la creazione del legislatore? No, esse sono l'espressione dei nostri sentimenti e delle nostre idee, vale a dire di quanto v'ha di più intimo in noi. In questo senso tutte le leggi sono personali, e si può dire di tutti gli statuti quello che gli antichi legisti dicevano di quelli che regolavano lo stato delle persone e la loro capacità: gli uni paragonavano gli statuti personali all'ombra che segue il corpo (2), gli altri li rappresentavano come il midollo delle nostre ossa (3). Era un modo energico per dire che vi sono statuti i quali formano parte del nostro essere, del nostro sangue, poichè s'identificano con questo. Non è ciò vero, in una certa misura, di tutte le leggi?

123 È vero che le leggi concernono altresì i beni, anche le più personali, quelle che regolano la nazionalità o lo stato civile. Infatti, le leggi sono relative ai diritti ed alle obbligazioni; ora, i diritti e le obbligazioni finiscono direttamente o indirettamente a procurarci gli oggetti del mondo fisico che ci sono necessarii pel nostro sviluppo intellettuale e morale. Devesi dedurre da ciò che vi son leggi le quali hanno principalmente in vista i beni? Alcuni lo pretendono: un autore moderno giunge fino a dire che nelle leggi reali le persone sono considerate siccome mezzi (4). Ecco un'idea che noi non sapremmo ammettere, e tuttavia Demolombe ha ragione dal punto di vista tradizionale. Che! la personalità sarebbe un mezzo? L'uomo può giammai divenire la dipendenza, l'accessorio d'una cosa? Adunque questi beni sono

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Loi*, § 6, n. 3.
(2) BOULLENOIS, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, t. I, p. 173.
(3) VAN DER MEULEN, *Décisiones Brabant.*, p. 109.
(4) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. 1, n. 76, p. 92.

così preziosi, che quanto vi è di più prezioso, la nostra individualità, sia ad essi subordinato? Noi abbiamo risposto testè alla quistione. Sì, senza dubbio, l'uomo non può vivere senza gli oggetti del mondo fisico; egli non può sviluppare nè la sua anima, nè la sua intelligenza se non ha a sua disposizione gl'istrumenti necessarii: i beni sono questo istrumento. Fa d'uopo dimandare se è la nostra anima l'elemento essenziale del nostro essere, o se lo sono gli oggetti del mondo fisico di cui essa si serve come d'istrumento? Qual'è il mezzo? Qual'è il fine? Tutti coloro che sono persuasi che hanno un'anima risponderanno: I beni sono il mezzo; il fine è l'uomo in ciò che ha di più nobile, di più essenziale. Se tale è la natura dell'uomo, tali debbono essere altresì le leggi, poichè le leggi sono l'espressione della nostra natura. Quindi può mai il legislatore trattar l'uomo come un mezzo? e i beni, che sono il vero mezzo, possono mai divenire l'oggetto principale delle sue disposizioni? Perchè, in una parola, le leggi si occupano dei beni? « Per l'utilità comune delle persone », rispondono gli autori del codice, nel libro preliminare (tit. 1.°, art. 7). Dunque la legge ha sempre in vista l'uomo, e in conseguenza, ogni legge è, per principio, personale.

124. Se noi esaminiamo le leggi le più reali, vi scopriremo un altro principio, ed un principio dominante, quello della personalità. Il codice divide i beni in mobili ed immobili: niente di più reale in apparenza che queste definizioni; anche la realità delle leggi che le consacrano è uno dei rari punti sui quali tutti sono d'accordo. Tuttavia apriamo il nostro codice, e noi vi leggeremo che la volontà dell'uomo può immobilizzare delle cose mobiliari, incorporandole al suolo, dando ad esse una destinazione agricola o industriale, od annettendole a un fondo perchè vi stiano perpetuamente. Ecco dunque la volontà dell'uomo che cambia la natura delle cose, trasformando i mobili in immobili: e la volontà non è ciò che v'ha di più personale nel nostro essere? Quindi la personalità non ha una parte nelle più reali delle leggi? Ciò non è tutto. L'uomo non può mobilizzare gl'immobili, poichè la natura delle cose vi si oppone; ma esso può a sua volontà regolare gl'immobili con i principii che regolano i mobili, e reciprocamente, salvo che non vi sia un interesse sociale in causa; e noi diremo all'istante che è questo interesse soltanto che imprime alle leggi un carattere di realità. Il nostro codice dice che le rendite sono mobili, anche le rendite fondiarie (articoli 529, 530); a questo titolo, esse entrano nella comunione legale, ma dipende dai coniugi l'escluderle, il realizzarle, l'immobilizzarle in qualche modo. Gli immobili non entrano in comunione; tuttavia i coniugi possono farveli entrare, mobilizzarli in un certo senso. Così la volontà umana, se non può mutare la natura delle cose, può mutare le leggi che le regolano. Tanto è vero che la personalità dell'uomo domina nel diritto.

125. Tutti gli autori collocano fra le leggi reali quelle che regolano la trasmissione della proprietà. Secondo il diritto romano la proprietà si trasferisce con la tradizione della cosa; è lo stesso secondo il diritto prussiano, mentre il codice Napoleone stabilisce il principio che il solo concorso del consenso basta, senza che vi sia tradizione. Da ciò segue, dice Savigny, che allorquando un francese vende ad un francese i suoi mobili che si trovano a Berlino, la proprietà dei mobili vendut non sarà trasmessa che mercè la tradizione. Che se un berlinese vende ad uno dei suoi compatrioti i suoi mobili che si trovano a Parigi, la proprietà sarà trasmessa per effetto solo del concorso delle volontà delle parti contraenti (1). La conseguenza è certa. Può dirsi che queste leggi sieno essenzialmente reali? Il nostro codice parte dal principio che la volontà dell'uomo deve avere la medesima forza e il medesimo effetto che gli atti esteriori, materiali, che si chiamano la tradizione. Tale è certamente il vero principio. Quindi la trasmissione della proprietà diviene una quistione di volontà. Questo non significa forse che la volontà umana v'ha la parte principale? Perchè, a considerare le cose dal punto di vista razionale, due francesi non potrebbero trasmettere ed acquistare, con la loro volontà, la proprietà dei mobili che si trovano a Berlino? Forse che l'ordine sociale in Prussia sarà turbato se il compratore diviene proprietario senza tradizione? È certo che se Prussiani vendono e comprano dei mobili i quali si trovano a Parigi, essi possono convenire che la proprietà non sarà trasmessa che mercè tradizione. Prova questa che tutto dipende dalla volontà delle parti. In conseguenza, la legge che regola la trasmissione della proprietà non è reale, è personale.

Ci si obbietterà che l'usucapione è regolata dalla legge del paese ove i beni sono situati, che ciò è ammesso da tutti, che v'ha dunque una legge reale per essenza. Egli è certo che la volontà delle parti non può fare che vi sia o che non vi sia usucapione: è certissimo ancora che l'usucapione è regolata dalla legge ove si compie. Ma è d'uopo, per decidere così, di ricorrere alla teoria tradizionale degli statuti? La vera ragione, come noi diremo, si è che ogni prescrizione è d'interesse pubblico, e dal momento che una legge è stabilita per un interesse sociale, essa domina la nazionalità delle parti interessate.

126. Noi qui tocchiamo l'elemento di verità che racchiude la dottrina degli statuti. Un avversario deciso della realità degli statuti dice ch'essa deriva dal regime feudale; egli la chiama una disposizione brutale, insensata, assurda (2). Ciò è esagerato e falso. Si dovrebbe disperare della ragione e della scienza, se si dovesse credere che i più grandi giureconsulti si sono pro-

---

(1) Savigny, *Trattato di diritto romano*, tradotto da Guenoux, t. VIII, pag. 182.
(2) Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 26.

fondamente ingannati sopra una materia che li ha tanto occupati. No, l'errore assoluto è una chimera del pari che la verità assoluta. Per meglio dire, noi progrediamo incessantemente nella via della verità, ma a condizione di ripudiare gli errori che vi si mescolano e che l'alterano. La realità degli statuti riposa sopra la sovranità; e chi oserebbe negare che la potestà sovrana estende il suo impero sulle persone e sulle cose? Chi oserebbe negare che questo impero è indivisibile, come la sovranità da cui deriva? Queste sono verità evidenti. Tuttavia importa di precisarle.

La sovranità è una, indivisibile; essa s'estende su tutte le persone che abitano il territorio, su tutte le cose che vi si trovano. Devesi dire per questo ch'essa è assoluta, esclusiva, nel senso che giammai una legge straniera possa esercitare un impero qualunque sulle persone o sulle cose che le sono sottomesse? No; quegli stessi che invocano l'indivisibilità del potere sovrano per appoggiarvi la realità degli statuti ammettono che vi sono statuti personali. Ora, questi statuti sono una derogazione alla sovranità. Spingete all'estremo il principio d'una autorità sovrana, indivisibile, voi andrete alla negazione d'ogni statuto personale. Se la sovranità è assoluta, se essa non ammette eccezioni, la legge che ne è l'organo deve regolare lo stato e la capacità di tutti coloro che abitano il territorio, degli stranieri come degl'indigeni; poichè se gli stranieri sono regolati dalla legge del loro paese, ne risulterà che un certo numero d'abitanti non saranno sottomessi alla legge del paese ove risiedono, saranno esenti dalla sua sovranità; per conseguenza questa sovranità non sarà più intiera, essa sarà divisa.

Non v'ha alcuno che pensi a sostenere una simile dottrina; quegli stessi che sono i più ostili all'azione delle leggi straniere ammettono che vi siano statuti personali. Che essi li restringano nei limiti i più ristretti, ciò poco importa. Basta un solo statuto personale perchè la sovranità non sia più assoluta. Vi son dunque, per confessione di tutti, delle persone che, pel loro stato e per la loro capacità, non sono sottomesse alla legge, nè per conseguenza alla sovranità del paese ove risiedono. Ciò non impedisce però al potere sovrano d'essere uno ed indivisibile. Perchè? Perchè esso stende il suo impero uno e indivisibile sui cittadini; ora, è pei cittadini anzitutto che le leggi sono fatte.

La sovranità resta dunque intiera, quantunque v'abbiano delle persone che ne sono esenti per quanto concerne i loro rapporti di stato personale. Se è così per le persone, perchè non sarebbe lo stesso per le cose? Le cose avrebbero mai per avventura agli occhi del legislatore maggior pregio che le persone? No certamente; la sovranità si rivolge direttamente alle persone, essa non s'occupa delle cose se non in quanto queste interessino gli uomini. La persona è il principale, i beni sono l'accessorio. Ebbene, se la legge straniera regola gli stranieri, quanto alle loro persone, senza che la sovranità ne soffra, perchè

non regolerebbe essa anche i loro beni? Già lo si ammette per i loro beni mobiliari, quantunque i mobili siano sotto la mano e la potestà del legislatore come lo sono gl'immobili. La sovranità sarebbe diminuita, quando un valore immobiliare di mille franchi è regolato dalla legge straniera, e non è diminuita, quando questa medesima legge regola un valore mobiliare di centomila franchi!

Logicamente bisogna ammettere un solo e medesimo principio per i mobili e per gl'immobili, per le persone e per i beni. Dal momento che si ammette che gli stranieri sono regolati, quanto alle loro persone, dalla legge straniera, bisogna anche ammettere che i loro beni sono regolati da questa medesima legge, perchè i beni sono l'accessorio della persona, tanto i mobili quanto gli immobili, gli uni e gli altri servendo all'uomo di mezzo pel suo perfezionamento. Può esservi una legge diversa per l'accessorio e pel principale? La sovranità, certo, non ne sarà punto diminuita: in ogni caso, essa lo è meno per le cose che per le persone, poichè deve tenere molto più al suo impero sugli animi che alla sua azione sopra i corpi. Diciamo meglio: la sovranità non è alterata nell'un caso più che nell'altro. Essa conserva l'autorità che deve avere sulle persone e sulle cose per compiere la sua missione. È ciò che ci rimane a provare.

127. Il potere sovrano agisce nell'interesse generale: è questo un carattere della legge, espressione della sovranità. Vuol dire per questo che ogni legge abbia per oggetto diretto un interesse sociale? No, e anche quando una legge è emanata nell'interesse della società, non è nella sua essenza che regoli tutte le persone e tutte le cose che si trovano sul territorio. Vi sono delle leggi le quali non sono obbligatorie neppure per i cittadini, nel senso ch'essi possono derogarvi con le private convenzioni. Ve ne sono altre che obbligano i cittadini e non obbligano gli stranieri: tali sono le leggi che impongono ai cittadini il servizio militare. Tali sono ancora le leggi che regolano lo stato delle persone e la loro capacità; esse son fatte per i membri dello Stato e non per gli stranieri, quantunque siano d'ordine pubblico. Che è dunque necessario perchè una legge estenda il suo impero sopra gli stranieri? Fa d'uopo che lo Stato abbia un interesse, e questo interesse non può essere che un interesse di conservazione; conservarsi, più che un interesse, è un diritto e un dovere per la società. Ora, il diritto della società prevale sui diritti e, a più forte ragione, sugli interessi degli individui. Se la società ha un interesse di conservazione a che una legge sia applicata a tutti gli abitanti del territorio, allora è evidente che gli stranieri vi sono sottoposti del pari che i cittadini.

128. Noi abbiamo già detto che le leggi penali e di polizia obbligano tutti gli abitanti del territorio; ciò è vero anche quando una legge penale fosse in opposizione col diritto dello

straniero. La sua legge personale, la sua religione gli permettono la poligamia; egli non potrà invocare la libertà religiosa, nè la legge del suo paese per sottrarsi all'azione della legge francese che punisce la poligamia siccome un crimine: il diritto dello Stato domina il diritto dell'individuo.

129. Egli è lo stesso delle leggi che regolano i beni. Il legislatore rivoluzionario ha abolito i diritti feudali, ultimo avanzo d'un reggimento che era in opposizione con i sentimenti e con le idee delle nuove generazioni. Questo reggimento riposava sulla dipendenza delle terre, la quale generava la dipendenza delle persone: esso cedè il luogo al regime dell'uguaglianza della libertà. Il codice consacra i principii proclamati dalla rivoluzione. È evidente che gli stranieri sono legati da questi principii come i Francesi, poichè essi sono attinenti al diritto pubblico e all'essenza stessa della nostra organizzazione sociale. Gli stranieri non potrebbero adunque esercitare diritti feudali in Francia. A termini dell'art. 686 del nostro codice i proprietarii possono stabilire quelle servitù che vogliono; ma la legge vi mette questa restrizione: purchè nulla abbiano di contrario all'ordine pubblico. L'art. 638 ci spiega che cosa bisogna intendere per *ordine pubblico* in questa materia: « La servitù non induce alcuna preminenza d'un fondo sopra l'altro ». Se dunque, sotto il nome di servitù, uno straniero volesse stabilire una preminenza d'un fondo sopra l'altro, vale a dire esercitare un diritto feudale su beni situati in Francia, si respingerebbe questa pretensione come contraria all'*ordine pubblico*.

130. Il diritto di successione, sotto l'antico regime, era essenzialmente aristocratico; quindi i diritti di primogenitura e di mascolinità, quindi le sostituzioni. Savigny insegna che le successioni conseguite dagli stranieri sono regolate dallo statuto personale degli eredi, ma egli ammette un'eccezione per il diritto di primogenitura e per le sostituzioni fedecommessarie (1). Si può dire, infatti, che queste istituzioni appartengono al diritto pubblico, il quale organizza il diritto privato in armonia con lo spirito aristocratico che domina nella società. Si può permettere a stranieri di conservare in Francia, nelle relazioni d'interesse privato, il principio aristocratico che il legislatore ha bandito dall'ordine pubblico e dall'ordine civile? Non ne risulterebbe una specie d'anarchia nella società, poichè due principii contrarii, ostili, si troverebbero di fronte ed in conflitto? Vi è tuttavia un motivo di dubbio che ci fa inclinare in favore dello straniero. Quando il legislatore stabilisce l'uguaglianza come base dell'ordine politico e civile, egli ha in vista i cittadini francesi, e non intende certo imporre questi principii agli stranieri che si trovano sul suo territorio. Senza dubbio egli non permetterebbe loro degli atti che ferissero aper-

(1) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. VIII, p. 302 e seg.

tamente l'uguaglianza e turbassero l'ordine sociale; non soffrirebbe che uno straniero avesse degli schiavi in Francia, perchè sarebbe vulnerato un principio essenziale della società francese. Ma si può dire che l'uguaglianza sarebbe compromesss, se uno straniero conseguisse in Francia un valore mobiliare od immobiliare a titolo di diritto di primogenitura o di sostituzione? In conclusione, non si tratta che d'interessi privati e d'interessi eccezionali, che resterebbero senza influenza nella società francese, e non avrebbero neppure alcuna pubblicità.

131. Noi abbiamo deciso il contrario per la morte civile, e ci si potrebbe obbiettare che queste decisioni sono contraddittorie. La quistione è difficile e dubbia. Merlin insegna senza esitare che il religioso straniero costituito, per la legge del suo paese, in istato di morte civile, non potrebbe conseguire in Francia una successione che vi fosse aperta a suo profitto, e cita due sentenze della Corte di cassazione che hanno deciso in questo senso (1). Savigny dice che la morte civile non sarebbe, in gegerale, una causa d'incapacità in un paese che non l'ammette; ma egli fa un'eccezione per i monaci stranieri, poichè essi si sono sottoposti volontariamente a questo stato che si chiama la morte civile (2). Questa distinzione non ci sembra ammissibile. Supponiamo che la morte civile sia contraria ai principii di diritto pubblico d'un paese, come è nel Belgio (costituzione belga, art. 13). Perchè il legislatore proscrive la morte civile a titolo di pena? Perchè questa barbara istituzione viola la personalità umana; è una specie di schiavitù legale, nel senso che colui ch'è morto civilmente cessa d'essere una persona, al pari dello schiavo. Soffriremmo noi la schiavitù sotto il pretesto ch'è volontaria? E neppure si deve ammettere uno stato di morte civile volontaria. Noi non lo riconosciamo nel cittadino, fosse pur monaco. Quindi non possiamo riconoscerlo nello straniero, poichè si tratta del principio più fondamentale del nostro ordine politico: vi può essere libertà ove non vi è personalità?

132. Ritorniamo alle leggi che regolano i beni. Ve ne sono di quelle, la cui applicazione agli stranieri non può dar luogo al minimo dubbio. Tali sono le leggi che stabiliscono delle imposte sui valori immobiliari o mobiliari; le leggi medesime che le creano lo risolvono anche, e quando le leggi fossero mute, la decisione dovrebbe essere la stessa. Lo Stato potrebbe compiere la sua missione, potrebbe esistere senza levare delle contribuzioni sui beni? V'ha dunque qui uno di quegli interessi di conservazione che costituiscono un diritto per la società, diritto che domina i diritti degli individui. Questa dominazione è la più legittima di tutte, poichè lo Stato che l'esercita non ne usa che per proteggere i diritti individuali, e siccome esso concede agli stranieri la medesima protezione che agli indigeni.

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Lois*, § 6, n. 6.
(2) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. VIII, pagine 39 e 160, nota.

è giusto che tutti sieno sottoposti ai medesimi pesi reali. Ciò è vero tanto dei pesi comunali quanto di quelli che sono stabiliti a profitto dello Stato, poichè sussiste per tutti la stessa ragione. Quando una legge costringe gli abitanti a prestazioni in natura pel mantenimento delle vie vicinali, gli stranieri vi sono tenuti come i cittadini: le leggi d'imposta sono leggi reali per eccellenza (1).

133. Già s'intende che le leggi le quali regolano la procedura sono applicabili agli stranieri, perchè sono di diritto pubblico. È per la stessa ragione, a nostro parere, che le leggi sulla prescrizione sono leggi reali alle quali gli stranieri sono sottoposti come i cittadini. Quando si tratta dell'usucapione, l'interesse pubblico è evidente; la legge sacrifica il diritto del proprietario al diritto del possessore, perchè il diritto del possessore si confonde col diritto della società, che domanda la sicurezza e la stabilità delle proprietà. Quanto all'usucapione dei mobili, essa si compie istantaneamente, in applicazione del principio che in fatto di mobili il possesso vale per titolo. È l'interesse del commercio che ha fatto stabilire questo principio, per conseguenza un interesse sociale. D'onde segue che lo straniero vi è sottoposto come l'indigeno. È lo stesso della prescrizione estintiva (2). La prescrizione mette fine ai giudizi: ecco un interesse sociale che domina tutti gli interessi individuali.

134. Noi abbiamo dunque leggi reali, nel senso che esse regolano gli stranieri come gl'indigeni. Perchè? Perchè un interesse sociale l'esige. Quando la società non ha alcun interesse a regolare la persona e i beni dello straniero, la legge è personale, vale a dire che ciascuno è regolato dalle leggi del suo paese. La regola generale è che la legge è personale o reale? In altri termini, la società deve dominare in tutte le cose su l'individuo, in virtù del suo potere sovrano? La dottrina moderna non ammette più questa dominazione assoluta, illimitata della sovranità e del legislatore che ne è l'organo. Accanto alla sovranità delle nazioni noi riconosciamo la sovranità degli individui: l'una non deve assorbire nè distruggere l'altra; altrimenti si cade nel socialismo, che uccide ogni energia individuale, e in conseguenza il principio vitale, o nell'individualismo che, disciolto il vincolo sociale, conduce all'anarchia e per conseguenza alla morte. Bisogna conciliare i due principii: il diritto dell'individuo e il diritto della società; l'uno è sacro al pari dell'altro. Ma su quale base si farà la conciliazione? È la società ch'è il fine, o è l'individuo? Il sentimento moderno è che sia l'individuo; la società è il mezzo. Dunque, in regola ge-

---

(1) DALLOZ. *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 409, cita le leggi, gli autori e la giurisprudenza.

(2) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. VIII, p. 269 e seg. La dottrina e la giurisprudenza francese sono conformi (DALLOZ, alla parola *Lois*, numero 421, 444).

nerale, il diritto dell'individuo deve prevalere. Esso non cede che innanzi a un diritto superiore, il diritto che ha la società di conservarsi.

Applichiamo questi principii alla quistione degli statuti. Le leggi sono l'espressione della nostra individualità; sono dunque personali di loro natura, e quindi debbono seguire la persona dappertutto e in tutte le relazioni d'interesse privato. Il legislatore non ha alcun interesse ad imporre le sue prescrizioni allo straniero; quindi questi è senza legge; è la legge personale dello straniero che deve ricevere la sua applicazione. In una parola, le leggi sono fatte per le persone e non le persone per le leggi. Con qual diritto adunque il legislatore sottoporrebbe gli stranieri a leggi che ignorano, a leggi che non sono fatte da essi nè per essi, a leggi che possono essere in opposizione con i loro sentimenti e le loro idee? I nostri principii di libertà s'oppongono ad una simile estensione del potere sovrano. La sovranità non deve intervenire che quando vi è un interesse sociale da tutelare. Allora l'individuo deve cedere, perchè è a questa condizione che vi è una società, e senza società l'individuo non potrebbe nè svilupparsi e nè tampoco esistere. Vi sono dunque delle leggi reali. Ma la realtà è la eccezione, la personalità è la regola; poichè la regola è che tutto si riferisce all'individuo ed al suo perfezionamento.

135. Mettendoci sotto questo punto di vista, noi potremo apprezzare la dottrina degli statuti, e rendere giustizia ai due principii che si combattono e sembrano escludersi l'un l'altro. Il principio della personalità risale ai popoli barbari che distrussero l'impero romano e aprirono una novella êra di civiltà. Si sa che il diritto che reggeva ogni individuo era determinato dalla tribù cui egli apparteneva, vale a dire dalla razza e non dal paese o dallo Stato di cui faceva parte. In un solo e medesimo impero, il Franco Salico era regolato dalla legge salica, il Franco Ripuario dalla legge ripuaria, il Borgognone dalla legge dei Borgognoni, il Visigoto dalla legge dei Visigoti, il Longobardo dalla legge dei Longobardi. E ciascuno era governato dalla legge della sua razza, non solamente per la sua persona e i suoi beni, ma per tutte le sue relazioni giuridiche, anche per i reati che commetteva. Era questa la negazione dello Stato e della sua sovranità nel campo del diritto; per meglio dire, i Barbari non negavano lo Stato, ma lo ignoravano, non conoscevano che l'individualità umana. È questo il sentimento energico di personalità che caratterizza le nazioni germaniche; è in grazia di questo sentimento ch'essi rigenerarono l'umanità, comunicandole lo spirito di libertà individuale che forma la sua vita. Ma la sua personalità era eccessiva; essa disconosceva un elemento egualmente importante, quello dello Stato, della sovranità, e della legge generale che n'è l'espressione.

Le leggi rimasero personali finchè le diverse razze non si fusero in una nuova nazionalità. Fu al principio dell'êra feu-

dale che s'operò la fusione; quando non si poteva più distinguere un Franco Salico da un Franco Ripuario, era impossibile di applicar loro un diritto differente. Il diritto cessò dall'esser vario a seconda delle razze, poichè non vi erano più razze distinte. Sotto il regime feudale la personalità cedè il luogo alla territorialità, vale a dire alla realità della legge. La nozione dello Stato cominciò a svilupparsi nel seno delle piccole società feudali che si stabilirono sulle ruine dell'impero carolingio. Cosa singolare! la personalità cedè affatto il luogo alla realtà. Si direbbe che due spiriti contrarii, ostili, successero l'uno all'altro presso i medesimi popoli. Poichè è il genio delle razze germaniche che regna durante la feudalità, come aveva regnato all'epoca dei Barbari. Come dunque di personali che erano le leggi divennero reali?

Era ancora il fiero spirito dei Barbari che ispirava il signore feudale: ciascun barone era re nella sua baronia, come dopo la conquista ciascun proprietario era indipendente nel suo allodio. Solamente tutti questi piccoli sovrani erano uniti da un legame di dipendenza ch'era a un tempo reale e personale. Niuna terra senza signore, ed ogni signore aveva un sovrano. I Germani trasportarono a queste sovranità locali la loro idea di personalità, nel senso che ciascun vassallo era una persona distinta, come per l'addietro ciascun proprietario d'allodio. Ma la necessità di unirsi s'era fatta sentire: gli uomini non possono coesistere in una indipendenza assoluta; l'assenza di ogni vincolo sociale sarebbe la dissoluzione dell'umanità. Si stabilirono dunque dei rapporti fra i possessori del suolo; e siccome non avevano nessuna nozione dello Stato, nè d'una legge generale abbracciante tutti gli uomini, formarono delle società anguste come le loro idee Di qui le baronie, i vassallaggi che coprirono l'Europa feudale. Quindi, più tardi, le consuetudini diverse che regolavano le provincie, le città e i comuni rurali.

Era un assioma del nostro antico diritto, le consuetudini essere reali. S'intendeva con ciò che esse erano sovrane, ma il loro impero era limitato al territorio ove erano nate (1). Spinto all'estremo, il principio della realità delle consuetudini avrebbe esclusa l'idea di personalità: tutte le consuetudini erano egualmente sovrane, ciascuna escludeva ogni influenza d'una sovranità straniera. L'indipendenza del Germano s'era trasformata in sovranità, e questa era perfettamente assorbente come l'altra. Si può dire anche ch'era il primo germe dello Stato, ma, più la sua azione era ristretta, più ci teneva, e meno voleva soffrire un'azione qualsiasi d'un altro Stato. Così si cadeva dall'eccesso della personalità nell'eccesso della realtà. La natura umana ci spiega questi eccessi contrarii. Quando un principio nuovo viene alla luce, esso vuol tutto invadere, perchè nella

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Statut*.

sua pochezza l'uomo vi vede la verità assoluta, ed è necessaria di questa dominazione esclusiva perchè getti radici negli animi. Ecco perchè la *realità* delle leggi regnò sì lungo tempo nel diritto. Espressione della sovranità, essa era gelosa della minima usurpazione d'una consuetudine straniera. Era necessario questo impero esclusivo dell'idea dello Stato per abituarvi gli uomini di razza germanica: rimuovendo ogni influenza d'una sovranità diversa dalla propria, gli uomini del medio evo obbedivano ancora al fiero amore d'indipendenza che animava i loro antenati. I giureconsulti dei paesi consuetudinarii esprimevano con un'energia singolare questa opposizione delle consuetudini che andava sino all'ostilità.

« Le diverse provincie, dice il presidente Bouhier, formavano per l'addietro degli Stati diversi, regolati da diversi principii; quasi sempre in guerra gli uni con gli altri, vi erano ben pochi vincoli fra gli Stati vicini e meno ancora fra quelli che erano più lontani. Ciò rendeva ciascuno di questi popoli geloso delle proprie leggi, per modo che non si curavano di estendere uno statuto ai confini dell'altro. Ciascuno voleva essere padrone assoluto sul suo territorio; e questa è la fonte dell'assioma legale nel nostro diritto francese che *tutte le consuetudini sono reali* » (1). Ne risultò che le *leggi* erano *nemiche* come i popoli. Questa è l'espressione di Boullenois (2), e caratterizza mirabilmente la lotta delle leggi reali contro l'invasione della personalità; era un *nemico* che essi respingevano.

136. I due principii della personalità e della realità erano falsi entrambi, benchè ciascuno contenesse un elemento di verità. Essi erano falsi. Infatti, le leggi personali dei Barbari non tenevano alcun conto dello Stato e dei suoi diritti, non conoscevano che l'individuo; mentre le leggi reali della feudalità facevano dell'uomo l'accessorio del suolo, e l'assoggettavano alla sovranità che vi era congiunta. A forza d'esaltare la persona, i Barbari distruggevano la società generale, senza la quale l'individuo non può vivere. Ed a forza di reagire contro ogni legge straniera, la feudalità disconosceva la personalità umana, di cui la legge è l'espressione. Era necessario venire ad una nuova concezione che concedesse un posto ad ambedue i principii, dando a ciascuno quello che gli è dovuto. Questo lavoro si fa da secoli nel campo della scienza. Dal momento che il diritto divenne una scienza, reclamò la personalità di alcune leggi. È stata derisa la distinzione che i primi glossatori immaginarono per distinguere le leggi personali dalle leggi reali: esse erano personali, dicevano, quando il legislatore cominciava col par-

---

(1) BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXIII, n. 38.

(2) BOULLENOIS, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*. Préface, p. 11.

lare della persona, reali quando cominciava col parlare della cosa. Egli è di questa ridicolaggine come di tutti gli altri rimproveri che si muovono ai glossatori; essi si rivolgono allo spirito umano ed alla sua imperfezione piuttosto che agli animi intrepidi che per i primi aprono la via ad una scienza nuova. Bisogna essere loro grati perchè rivendicarono i diritti della personalità contro la dominazione esclusiva delle leggi reali. La lotta doveva durare per secoli e non è ancora alla fine.

Uno dei nostri grandi giureconsulti, Carlo Dumoulin, occupa un posto considerevole in questa lotta secolare. Nel secolo XVI si era ancora in piena *realità,* quantunque le provincie e le città regolate da consuetudini diverse avessero cessato d'essere nemiche, poichè da molto tempo esse facevano parte d'un medesimo Stato ed erano sottoposte ad un sol principe. Ciò è perchè nulla v'ha di più tenace che lo spirito tradizionale del diritto. Dumoulin non sognò punto di negare la realità delle consuetudini, egli l'ammetteva come regola generale (1); ma egli reclamò un piccolo posto per la personalità. Vi erano molte cose sulle quali le consuetudini variavano di molto; come sull'età maggiore, sul diritto di testare. Stando alla realità delle consuetudini, si riusciva a conseguenze che il buon senso respingeva. Che! lo stesso individuo sarà maggiore sotto una consuetudine, e minore sotto un'altra! Qua esso avrà la capacità di testare, là non l'avrà. Quando le parti dispongono dei loro beni, la loro volontà sarà contrastata dalla diversità degli statuti? Se gli sposi stipulano la comunione, la società di beni ch'essi formano non s'estenderebbe fuori i limiti della consuetudine sotto la quale essi vivono? Si voleva ben ammettere che le convenzioni espresse dovessero regolare tutti i beni dei coniugi, qualunque fosse il luogo della loro situazione; ma si sosteneva con calore che, in mancanza di convenzioni, era lo statuto reale che doveva prevalere. Dumoulin rispose ai realisti che essi avevano una falsa idea delle consuetudini che regolavano la comunione fra i coniugi: egli dice che le consuetudini non facevano che presupporre l'intenzione delle parti, che la comunione era per conseguenza una società tacita, fondata sulla volontà dei coniugi; e perchè la volontà tacita non avrebbe il medesimo effetto che la volontà espressa? (2). Intanto la dottrina di Dumoulin stentò a penetrare negli animi. Grandi giureconsulti, come D'Argentré, fecero i più grandi sforzi per mantenere la realità degli statuti concernenti la comunione. Quest'opinione sì poco razionale, sì poco giuridica, trovò ancora dei partigiani nel XVII secolo. Il presidente Bouhier si credette obbligato di combat-

---

(1) Ch. Dumoulin, *in Alexandri const.*, 16, lib. I: « Teneas indistincte, quod statuta vel consuetudines, tamquam reales, non extenduntur ultra sua territoria ».

(2) Dumoulin, *Consil.*, LIII (Op. t II, p. 964 e seg.).

terla (1). Tanto è lento il progresso che si fa nella nostra scienza del diritto!

137. Il giudizioso Coquille si beffa della ridicola regola, la quale, dice egli, è comunemente nei cervelli dei pratici, cioè che tutte le consuetudini sono reali (2). Il nostro sapiente Stockmans compiange ancora la caparbietà dei giureconsulti fiamminghi su questo punto: sarebbe più facile, egli dice, di togliere ad Ercole la sua clava che di smuover loro dall'assioma che tutte le consuetudini sono reali (3). Fortunatamente che i bisogni dei popoli, le loro crescenti relazioni, trascinarono i pratici. A dir vero, nell'interno dei diversi Stati, la lotta ostile delle consuetudini non aveva più ragione d'essere. Si capisce che le leggi sieno nemiche, quando gli uomini sono divisi in Stati nemici. Ma nell'ultimo secolo le provincie e le città non formavano più che un solo Stato; quindi non v'era più ragione per la realità delle consuetudini. Il presidente Bouhier in fatti lo nota. Perchè ostinarsi, egli dice, all'osservanza rigorosa dell'antica massima, che reputava le consuetudini reali, allorchè il principio della personalità rende tutte le cose uguali fra le diverse consuetudini?

L'uguaglianza durò maggior pena a stabilirsi nelle relazioni delle nazioni fra loro. Essa vi s'introdusse sotto l'impero della necessità. Per impegnare i popoli e soprattutto i pratici a dipartirsi dalla loro gelosia nazionale, Dumoulin, Coquille, Bouhier, fecero appello all'utilità che tutti trarrebbero dal principio della personalità, se fosse ammesso dappertutto (4). Certamente tutti desideravano che le leggi che erano loro sì care seguissero la persona all'estero. Ebbene, il mezzo d'impegnare i popoli stranieri ad ammettere lo statuto personale in favore delle persone e dei beni che si trovano sul loro territorio, era di accordare il medesimo favore agli stranieri che invocavano il loro statuto personale. Fu questa considerazione di utilità che impegnò i popoli vicini a soffrire l'estensione degli statuti stranieri presso di loro: da ciò nacque una specie di diritto delle genti e di convenienza, in virtù di cui si riconobbe dappertutto l'autorità dello statuto personale.

138. Dumoulin dice che i luoghi non debbono dominare sulle persone, che sono piuttosto le persone che debbono dominare sui luoghi e sulle cose, essendo di maggiore considerazione e dignità (5). Questo principio, se si fosse applicato nelle sue ultime conseguenze, avrebbe condotto ad una regola affatto contraria a quella che si seguiva nell'antico diritto: in luogo di repu-

---

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVI, numero 3 e seg.

(2) Coquille, *Institutes au droit coutumier*, p. 39, ediz. del 1666.

(3) Stockmans, *Decisions*, L, n. 1.

(4) Vedi i documenti in Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, n. 62 e 63.

(5) Dumoulin, *Consil.*, XVI, n. 2 (Op., t. II, p. 851).

tare ogni legge reale, si avrebbe dovuto reputare ogni legge personale, salvo ad ammettere la realità nel caso in cui vi è un interesse sociale in causa. Dumoulin non pensò di dare questa applicazione alla massima che noi abbiamo citata. Egli ammetteva, al contrario, la realità come regola, d'onde si concludeva ancora, nel secolo XVIII, che, lo statuto personale essendo l'eccezione, bisognava, nel dubbio, pronunziarsi per lo statuto reale. Il presidente Bouhier fu il primo che rovesciò la regola, e disse che gli statuti erano a rigor di principio personali. È importante conoscere le ragioni che egli dà; esse sono considerevoli e ci conducono ad un novello ordine di cose, che Dumoulin già presentiva, ma l'avvenire soltanto realizzerà.

Quando vi è conflitto fra la legge che regola la persona e la legge che regola la cosa, quale deve prevalere? Bisogna domandare se le persone sono fatte per le cose o le cose per le persone. In risposta a tale quesito Bouhier cita queste parole d'un giureconsulto dei suoi tempi: « La persona come più nobile deve prevalere sui beni i quali non sono fatti che per essa ». Per la medesima ragione bisogna dire che le leggi son fatte principalmente per le persone; esse dunque si presumono personali; d'onde segue che, in caso di dubbio, lo statuto dev'essere reputato personale piuttosto che reale. Bouhier invoca ancora un'altra considerazione in appoggio di questa opinione che sembrò strana ai pratici. Quando vi è dubbio sulla personalità o la realità dello statuto? Non è già quando questo esce fuori del diritto comune; in questo caso tutti ammettono la realità. È dunque quando la disposizione è conforme al diritto comune. E che cosa è questo diritto comune? È o il diritto naturale, ch'è la legge primordiale di tutte le nazioni, o il diritto romano, ch'è quasi sempre fondato sull'equità, a tal punto che lo si è chiamato la ragione scritta. Non dobbiamo noi avvicinarci il più ch'è possibile ad un diritto che ha il suo principio nella ragione e nell'equità? Bisogna dunque applicarlo dappertutto, considerando le differenti leggi delle provincie come una sola e medesima consuetudine. E quel ch'è vero delle provincie non lo sarebbe anche delle nazioni? Non v'ha un diritto che è loro comune, inquantochè si fonda sull'equità naturale, che è la medesima dappertutto? (1).

139. L'opinione di Bouhier non trovò favore; essa urtava i pregiudizii tradizionali, secolari dei pratici. Boullenois la combattè (2), e la tradizione prevalse sulla ragione. Non vi è nell'appello fatto dal presidente Bouhier a un diritto comune, universale, un'eco della filosofia del secolo XVIII, filosofia essenzialmente umana, cosmopolita? Si compieva una reazione

---

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXXVI, n. I, e seg. (t. I, p. 819 e seg.).

(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. I, p. 167 e seg.

violenta negli animi contro il passato, e sovrattutto contro la feudalità. Sotto la influenza di questo spirito nuovo la Francia rivoluzionaria abolì il regime feudale sin nelle ultime sue vestigia. Una conseguenza logica di questa tendenza dev'essere di ripudiare l'idea di realità nelle leggi, per farvi dominare il principio di personalità. I dettagli in cui noi siamo entrati provano che tale è infatti la tendenza cui i giureconsulti francesi obbedirono.

Non è lo stesso nei paesi ove si è conservato lo spirito feudale. Per una strana contraddizione l'elemento dell'individualità, e per conseguenza della personalità, domina nei sentimenti e nelle idee della razza anglo-sassone, mentre la realità feudale regna sempre nelle sue leggi. Ciò è perchè la proprietà è ancora feudale, come le regole che governano la sua trasmissione. Ne risulta che i diritti sugli immobili sono regolati esclusivamente dalla legge della loro situazione; la capacità personale non influisce menomamente sull'alienazione degli immobili. Vi ha di più, il diritto inglese respinge anche ogni azione del diritto straniero sui mobili. È stato giudicato che il padre, francese o belga, non può invocare in Inghilterra, nè sugli immobili, nè sui mobili, il diritto d'usufrutto che il codice civile annette alla patria potestà (1). Si dice che non vi sono giureconsulti che più obbediscano alla tradizione e che meno ascoltino la ragione quanto i giureconsulti inglesi. L'esempio che noi abbiamo citato n'è una prova luminosa. Vi è un motivo razionale o politico per rifiutare al padre francese o belga il diritto di godere dei beni che il suo figlio possiede in Inghilterra? La sovranità dello Stato è essa interessata in questa questione? Noi cerchiamo invano un motivo razionale che giustifichi questo spirito di esclusione; non vi è altro motivo che la potenza della tradizione feudale.

140. Dopo il XVIII secolo l'umanità s'ispirò a sentimenti più larghi e ad idee più elevate. L'Assemblea costituente abolì il diritto d'albinaggio, invocando la fraternità dei popoli. Invano gli autori del codice lo ristabilirono; in Francia e nel Belgio il legislatore ha abbandonato la tradizione imperiale per ritornare al generoso spirito che animava gli uomini dell'89. Questo movimento deve condurre a un diritto universale, tal quale Bouhier lo reclamava nell'ultimo secolo, fondato sulla ragione e sull'equità, diritto che regolerà i rapporti d'interessi privati delle nazioni, come ora vi è un diritto generale che regola le loro relazioni politiche. Questa tendenza si manifesta con forza nella scienza alemanna. La Germania è più cosmopolita ancora che la Francia; essa pensa, col poeta latino, che nulla di ciò ch'è umano deve restare estraneo all'uomo. È sotto questa ispirazione che Savigny ha scritto la parola ch'è chia-

---

(1) FOELIX, *Trattato di diritto internazionale privato*, p. 68 e 70, nota 4.

mata a rinnovellare la scienza del diritto internazionale privato. Quelli fra i nostri vecchi giureconsulti, che sono i più favorevoli allo statuto personale, invocano l'utilità dei popoli, o fanno appello alla cortesia che deve regnare fra le nazioni come fra gl'individui. L'utilità non è un principio; quante volte non si è fatto valere l'interesse per palliare o scusare le più grandi iniquità! La cortesia non basta più. Si tratta di principii del diritto, e il diritto non è una questione di cortesia. Noi non dimandiamo che si rispetti la legge della persona in nome dell'indulgenza o di non so qual favore: noi dimandiamo giustizia in nome della natura umana che ci dice che tutti i popoli sono fratelli, come gl'individui; vi è dunque fra di loro una *comunanza di diritto*. Questa è la parola di Savigny (1). La comunanza del diritto, che avvince tutti i membri del genere umano, assicura l'impero della personalità nel campo delle leggi, molto meglio che la cortesia, che i popoli potrebbero talvolta obliare, molto meglio soprattutto che l'interesse, che troppo spesso li ha traviati.

Come organizzare questa comunanza di diritto? Come farla uscire dal campo della teoria per realizzarla nella pratica? Da lungo tempo, risponde Savigny, i giureconsulti domandano che si regolino con trattati i principii che debbono governare i rapporti del diritto internazionale privato. Già il vecchio Huber diceva nel suo trattato del *Conflitto delle leggi:* « La questione appartiene piuttosto al diritto delle genti che al diritto civile, perchè è evidente che i rapporti rispettivi fra le diverse nazioni tra loro entrano nel dominio del diritto delle genti ». E appresso Huber aggiunge: « La decisione di queste quistioni dev'essere cercata, non nel semplice diritto civile, ma nella convenienza reciproca e nel consenso delle nazioni ». Bisogna dir di più: le leggi sono impotenti a risolvere i conflitti. Il legislatore può ben ammettere l'applicazione dello statuto personale quando si tratta della persona e dei beni dello straniero; ma non può dare alle proprie leggi un'azione qualsiasi fuori del territorio su cui s'estende la sua autorità. Occorre per ciò il consenso dei diversi popoli, occorrono adunque dei trattati Aggiungiamo che i trattati non saranno possibili che allorquando il diritto comune, universale, di cui parla il presidente Bouhier, penetrerà dappertutto e avrà rotte le barriere che gli oppongono la tradizione e i pregiudizii. Fintantochè vi saranno nazioni che ripudieranno il divorzio come una cosa immorale, si può sperare che il divorzio sarà rispettato colà dove è vilipeso? Appartiene alla scienza il preparare i trattati che realizzeranno l'impero della giustizia universale fra i popoli, almeno nel dominio degli interessi privati.

---

(1) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. VIII, p. 30 e seg.

CAPITOLO IV.

DELL'EFFETTO DELLE LEGGI IN QUANTO AL TEMPO IN CUI IMPERANO.

SEZIONE I. — *Il principio della non retroattività.*

§ 1. — *Quando il legislatore possa o meno regolare il passato.*

141. L'art. 2 del codice civile prescrive: « La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo ». Questo principio s'indirizza al legislatore? significa che il potere legislativo non possa mai regolare il passato? Si risponde ordinariamente che l'art. 2 non vincola il legislatore (1). Ciò è vero, nel senso che l'art. 2 è una legge e non una disposizione costituzionale; ora, il legislatore può sempre derogare ad una legge; egli può dunque fare una legge retroattiva, quantunque il codice dica che la legge non dispone che per l'avvenire. Il principio della non-retroattività non è dunque un principio costituzionale. Non basta: sarebbe contrario all'essenza del potere legislativo ch'esso fosse vincolato dalla regola che la legge non dispone che per l'avvenire. Infatti, vi sono casi in cui la legge deve regolare il passato sia per un interesse sociale, sia nell'interesse dei cittadini. Quindi il legislatore non dev'essere vincolato da un principio assoluto, che impedirebbe la sua libertà di azione a pregiudizio della società e degli individui.

Vi è tuttavia una costituzione che della non-retroattività delle leggi ha fatto un principio costituzionale, cioè quella dell'anno III. Essa poneva questa massima fra i diritti dell'uomo, diritti che l'Assemblea nazionale aveva dichiarati sacri, inalienabili, imprescrittibili: « Nessuna legge, diceva l'art. 14, nè criminale, nè civile, può avere effetto retroattivo ». Cosa notevole! la Costituzione dell'anno III è l'opera della Convenzione; ora nessuna Assemblea aveva abusato tanto quanto essa della sua onnipotenza per regolare il passato a seconda delle passioni politiche che l'agitavano. Per mettere la società al sicuro da questi eccessi, la Convenzione volle impedire al legislatore di far delle leggi che retroagissero. Ciò era cadere da un eccesso in un altro. Nel 1848 un membro dell'Assemblea costituente di Francia dimandò che la nuova costituzione proclamasse il principio della non-retroattività delle leggi, ad esempio di quella dell'anno III. Si rispose che la retroattività poteva essere giusta e necessaria; che perciò non bisognava impedire al legis-

(1) MERLIN, *Répertoire*, alle parole *Effet rétroactif*, sez. 2, n. 2.

latore di fare quel che la giustizia e l'interesse sociale esigevano. La proposta non ebbe seguito.

142. Se il principio della non-retroattività non vincola il legislatore come regola costituzionale, si indirizza non pertanto a lui come consiglio, come precetto di diritto naturale che il potere legislativo deve osservare. Infatti, vi sono casi in cui la giustizia eterna proibisce al legislatore di regolare il passato; quantunque la costituzione non glielo proibisca, egli non deve farlo, perchè, facendolo, toglierebbe alla legge l'autorità morale senza di cui essa non è più che una tirannia. È precisamente così che la intendevano gli autori del codice. Il Tribunato obbiettò anzitutto che la disposizione dell'art. 2 era inutile, perchè non altro che un semplice consiglio pel legislatore, consiglio da cui egli poteva dipartirsi. Portalis rispose che la regola era principalmente per i giudici. Ma, aggiunse egli, « quando essa fosse pel legislatore, qual danno vi sarebbe nel vederlo consacrare una massima cui è di già legato dalla sua coscienza, e cui si legherebbe ancora con le sue stesse leggi? » (1). Essa non è una regola inutile, dice Berlier, ma un precetto pel legislatore e per il giudice (2). Il Tribunato finì per abbracciare questo avviso; il tribuno Faure, nel presentare il suo voto di adozione, dichiarò che l'art. 2 era insieme un precetto per i legislatori ed un obbligo per i tribunali (3).

È tanto vero che, nel pensiero degli autori del codice, il principio della non-retroattività s'indirizza al legislatore per lo meno quanto al giudice, che le ragioni date da Portalis riguardano, per così dire, esclusivamente il potere legislativo. « Le leggi, egli dice, non esistono che quando sono promulgate, e non possono aver effetto che quando esistono ». Ciò è evidentissimo; ma, una volta che esistono, non possono esse regolare il passato, nel senso che regolano atti i quali hanno avuto origine sotto la legge antica? Tale è la vera difficoltà che presenta la quistione della non-retroattività. Come vi risponde Portalis? « La libertà civile, egli dice, consiste nel diritto di fare ciò che la legge non vieta; si considera come permesso tutto ciò che non è vietato. Che diverrebbe dunque la libertà civile, se il cittadino potesse temere che dopo il fatto sarebbe esposto al danno d'essere inquisito nelle sue azioni, o turbato nei diritti acquisiti da una legge posteriore? » Questo motivo è ancora all'indirizzo del legislatore. Portalis aggiunge che il potere della legge non può estendersi su cose che non sono più. No, certamente. Tuttavia si concepisce che il legislatore voglia disfare quel che ha fatto. Per il giudice, al contrario, ciò non

(1) Discorso di PORTALIS, oratore del governo, nella seduta del Corpo legislativo del 23 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, p. 261).

(2) BERLIER, Discorso al Corpo legislativo, seduta del 24 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, p. 292).

(3) LOCRÉ, *Législation civile*, t. I, p. 317).

si concepisce, perchè le cose che non sono più non appartengono al suo dominio. Dunque anche questo motivo non riguarda che il potere legislativo.

Così il principio della non-retroattività, quantunque non sia una regola obbligatoria pel legislatore, è un precetto che moralmente è tenuto ad osservare. Ma, siccome non è che un consiglio, egli può anche non tenerne alcun conto. Vi è un esempio famoso di questo eccesso di potere: La legge del 17 nevoso anno II fa risalire sino al 14 luglio 1789 l'eguaglianza assoluta delle divisioni fra coeredi. La Convenzione stessa riconobbe l'errore in cui l'aveva trascinata la passione dell'eguaglianza; un decreto del 5 fiorile anno III sospese la legge del nevoso, ed un decreto del 9 fruttidoro seguente la dichiarò non avvenuta. Finchè essa rimase in vigore, i tribunali dovettero applicarla, per quanto fosse iniqua. Ciò fu riconosciuto al momento della discussione del codice. I giudici, dice il tribuno Faure, non potrebbero rifiutarsi d'ordinare l'esecuzione di una legge retroattiva, e i cittadini non potrebbero rifiutarsi d'obbedirvi (1). Invano si direbbe che una legge somigliante viola la giustizia: i tribunali non hanno il diritto di giudicare la legge, ma il dovere di applicarla (2).

143. I termini in cui il tribuno Faure si esprime sembra che diano al legislatore un potere assoluto di far retroagire la legge: non v'ha al disopra di lui, dice Merlin, alcuna forza che possa reprimere questo abuso di potere. Vuol dire ciò forse che il legislatore è onnipotente? Nel nostro reggimento costituzionale bisogna distinguere tra il potere legislativo e il potere costituente. Il legislatore è legato dalla costituzione; non si può dunque dire, come dicono gl'Inglesi del loro Parlamento, che può tutto fare, eccetto che cambiare un uomo in donna. Egli non può cambiare la costituzione, non può derogarvi; donde segue che non può emanare una legge retroattiva che tolga un diritto guarentito dalla costituzione. Ma ciò che il potere legislativo non può lo può il potere costituente. La costituzione non è immutabiie: essa può essere abrogata, modificata dal potere costituente. Il potere costituente è assoluto, nel senso che i poteri stabiliti dalla costituzione gli debbono obbedienza: non solamente il potere esecutivo, non solamente il potere giudiziazio, ma il legislatore stesso gli è subordinato e deve obbedirgli. Una nuova costituzione può dunque togliere ai cittadini dei diritti che erano loro guarentiti dalla costituzione antica. La nostra costituzione proclama la libertà d'insegnamento: l'esercizio di questa libertà riguarda interessi privati; numerosi istituti, dotati di rendite considerevoli, appartengono a privati

(1) Discorso di FAURE nella seduta del Corpo legislativo del 14 ventoso anno XI (LOCRÉ, t. I, p. 317.

(2) MERLIN, *Répertoire* alla parola *Effet rétroactif*, sez. II, n. 1.

che li han fondati. Nondimeno il potere costituente potrebbe sopprimere la libertà d'insegnamento e chiudere tutte le scuole libere.

144. Devesi dire per ciò che la sovranità sia un potere assoluto, che non debba rispettare alcun diritto? No, di fronte alla società sovrana, vi è un'altra sovranità, quella degl'individui; essi hanno i loro diritti, che vengono da Dio, diritti naturali che la società non può loro togliere perchè non gli ha loro dati; quando essa li consacra in una costituzione non fa che dichiararli. Ma quali sono questi diritti individuali? Hanno essi un carattere assoluto? Sono sempre e dappertutto i medesimi? No certo, essi variano secondo i tempi ed i luoghi. Non sono assoluti che in un senso, cioè che l'uomo deve avere certe facoltà per compiere la missione che ha nel mondo; queste facoltà aumentano col suo sviluppo intellettuale e morale: il numero, l'estensione di questi diritti va dunque accrescendosi. In questo senso, i diritti dell'uomo nulla hanno di assoluto. Una costituzione nuova può dichiararne dei nuovi; essa può anche ritornare su quelli che sono stati di già dichiarati. Se il potere costituente trovasse che la libertà illimitata d'insegnamento è un male, potrebbe certamente modificarla, sottomettendola a garanzie.

Vi è un pericolo in questo potere che noi riconosciamo in una costituzione nuova di modificare, sopprimere anche dei diritti riconosciuti all'uomo da una costituzione anteriore. Il potere costituente non potrebbe abusare della sua potestà sovrana per spogliare gli uomini d'uno di questi diritti naturali, senza cui il perfezionamento intellettuale e morale diviene impossibile? Certo, il potere costituente eccederebbe i limiti della sua azione, togliendo ai cittadini un diritto che loro appartiene per la ragione medesima dei progressi che hanno realizzati: sarebbe una usurpazione sopra una sovranità ch'è tanto sacra quanto la sua. Tale è, a nostro avviso, la proprietà. Se il potere costituente l'abolisse per istabilire la comunione dei beni, violerebbe un diritto naturale degli individui. Bisogna concluderne che il legislatore, che il governo, che i tribunali, che i cittadini non gli dovrebbero alcuna obbedienza? Se i giudici e i privati debbono obbedire a una legge che toglie loro un diritto, a maggior ragione debbono obbedire alla costituzione che obbliga anche il legislatore. La guarentia contro questi eccessi non sta nella resistenza individuale, ma nell'azione legale della sovranità del popolo, e all'occorrenza, nel diritto di rivoluzione, se l'esercizio regolare della sovranità nazionale fosse impedito dalla forza.

145. Il potere legislativo non ha l'estensione della potestà che appartiene al potere costituente. Quando la costituzione ha dichiarato i diritti di cui godono i cittadini, il legislatore deve rispettarli. Se questi diritti sono assoluti, illimitati, non può limitarli, modificarli. In questo senso la legge non può retroagire. Sotto l'impero della nostra costituzione, che ha proclamato la

libertà illimitata d'insegnamento, il legislatore non potrebbe ordinare la soppressione di una scuola libera. Se permettesse questo eccesso di potere, dovrebbero i cittadini obbedienza alla legge? Noi abbiamo di già risposto ch'essi debbono obbedire ad una legge retroattiva; ma la quistione che noi abbiamo posta è più delicata: non è più il semplice precetto della non-retroattività ch'è violato, ma la costituzione. Nondimeno noi persistiamo nella nostra decisione. Non appartiene ai privati il giudicare se una legge è incostituzionale o no; in faccia alla legge essi non han più diritto, ma solo il dovere d'obbedire. Vi ha di più; i tribunali medesimi non possono rifiutarsi di applicare una legge per la ragione che sia incostituzionale. La costituzione belga dà loro il diritto, impone anche il dovere di non applicare i decreti reali se non in quanto essi sono conformi alle leggi (art. 107). Ma non permette loro di giudicare le leggi (1). Un simile potere è in opposizione con la subordinazione nella quale, sotto il nostro regime, il potere giudiziario trovasi in rapporto al potere legislativo. La garanzia contro leggi costituzionali non sta nell'intervento dei tribunali, ma nell'esercizio regolare della sovranità nazionale e, quando si è pervenuti all'estremo limite, nel diritto di rivoluzione.

146. Il legislatore deve rispettare tutti i diritti garentiti dalla costituzione. Fra questi diritti si trova la libertà d'insegnamento. Noi abbiamo detto che la legge non potrebbe sopprimere una scuola libera; ciò sarebbe violare la libertà d'insegnamento. Ma è d'uopo anche che il legislatore s'astenga dall'organizzare delle scuole pubbliche, a spese dello Stato, perchè esse nuocerebbero agli istituti liberi e comprometterebbero diffatti la libertà d'insegnare? I vescovi del Belgio hanno sollevata questa pretensione. Si abusa tanto del rimprovero di retroattività, che importa di mettere i principii nella loro vera luce.

Nel 1848 il ministero liberale presentò una legge sull'istruzione secondaria. Il progetto fu adottato a grande maggioranza dalla Camera dei rappresentanti. Allora i vescovi indirizzarono una petizione al Senato. Vi si legge che « la legge dà al governo il diritto di creare un numero *indefinito* di collegi; che perciò esso lede i *diritti acquisiti* dai cattolici, i quali, in virtù della libertà d'insegnamento, hanno fondato a loro spese un gran numero di istituti educativi, degni di fiducia » (2). Questo rimprovero di retroattività, in pregiudizio di *diritti acquisiti,* non ci sembra serio. La costituzione accorda dei diritti ai cittadini; appartiene ad essi esercitarli a loro rischio e pericolo. In virtù della libertà d'insegnamento chiunque può fondare una scuola; ma la costituzione gli assicura la prosperità del suo istituto? Lo mette al sicuro dalla concorrenza? Sostenere l'affer-

(1) Vedi più sopra, n. 31, p. 63.
(2) *Journal historique et littéraire,* t. XXII, p. 74-76.

mativa sarebbe cosa ridicola. Noi prevediamo l'obbiezione. Che gl'individui si facciano concorrenza, lo si ammette; ma si nega questo diritto allo Stato. No, lo Stato non ha diritto di fare concorrenza alle scuole libere. Il suo diritto è più elevato, la sua missione più grande. Esso compie un dovere diffondendo dappertutto l'istruzione. Per lo stesso motivo che lo Stato usa d'un diritto e compie un dovere creando degl'istituti d'istruzione e moltiplicandoli, esso non può ledere *diritti acquisiti*, come i privati che fondano una scuola non ledono i *diritti acquisiti* di coloro che hanno stabilite delle scuole prima di essi. Tutti usano d'un diritto, e colui che usa d'un diritto non lede alcuno.

147. Vi è un altro diritto guarentito dalla costituzione, che tocca più davvicino il principio della non-retroattività. L'art. 11 prescrive: « Niuno può essere privato della sua proprietà che per causa di pubblica utilità, nei casi e modi stabiliti dalla legge, e mediante una giusta e preventiva indennità ». Questa disposizione lega il potere legislativo; esso non può adunque togliere a un cittadino la sua proprietà; se una legge spogliasse un privato dei suoi beni violerebbe l'art. 11 della costituzione. Una legge non può dunque regolare il passato nel senso che privi un proprietario d'un diritto ch'egli possiede. Segue da ciò che il principio della non-retroattività è un principio costituzionale, in quanto guarentisce la proprietà contro le usurpazioni del legislatore.

Ma qual'è il diritto guarentito dalla costituzione? Si risponde ordinariamente che è la proprietà. Ciò è troppo vago e non conforme al testo dell'art. 11. La costituzione non fa della proprietà, in generale, un diritto costituzionale; essa dice solamente che niuno può essere privato della sua proprietà. Per ben comprendere la portata di questa regola bisogna metterla in rapporto con gli articoli 544, 545 del codice civile. L'art. 544 definisce la proprietà « il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta »; ma aggiunge questa importante restrizione: « purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti ». Il che permette al legislatore di regolare l'uso della proprietà. Viene in seguito l'art. 545 che consacra una conseguenza del diritto di proprietà, disponendo che niuno può essere costretto di cedere la sua proprietà, se non per causa di pubblica utilità, e mediante una giusta e preventiva indennizzazione ». Che hanno fatto gli autori della costituzione belga? Essi hanno trasportato l'art. 545 nella costituzione, non hanno consacrato in termini generali l'inviolabilità della proprietà; l'art. 544 del codice sussiste; in conseguenza il legislatore conserva il diritto di regolare l'uso della proprietà. Dunque una legge può regolare la proprietà, anche regolando il passato, senza che si possa dire che viola l'art. 11 della costituzione: essa non violerebbe la costituzione se non nel caso che, regolando il passato, spogliasse i cittadini d'un bene che essi già posseggono.

148. La legge del 17 nevoso anno II prescrive, art. 1.°: « Le donazioni fra vivi fatte dal 14 luglio 1879 inclusivo sono nulle ». Una simile disposizione sarebbe contraria all'art. 11 della nostra costituzione; infatti, la donazione conferisce al donatario la proprietà irrevocabile dei beni donati. Dunque questi beni erano in possesso dei donatarii, quando la legge del 17 nevoso è venuta a dispogliarneli. Il legislatore belga non potrebbe più fare ciò che ha fatto la convenzione, senza violare la costituzione; egli non può dunque emanare una legge retroattiva che tolga ai proprietarii un diritto qualunque che è nel loro possesso. Sotto questo punto di vista la non-retroattività è divenuta un principio costituzionale.

La legge del 17 nevoso stabilisce l'uguaglianza di divisione e fa retroagire questa uguaglianza al 14 luglio 1789; essa annulla anche le divisioni fatte dopo questo giorno. Una simile retroattività sarebbe oggi incostituzionale, poichè la divisione attribuisce definitivamente ai condividenti la proprietà dei beni che ne sono l'oggetto; quindi non possono più esserne privati, a termini dell'art. 11. In questo senso la costituzione proibisce al legislatore di fare delle leggi retroattive.

149. Ma il legislatore può regolare l'uso e l'esercizio del diritto di proprietà. Qui esso gode d'una piena libertà d'azione; non è più legato da una regola costituzionale, non ha altra guida che l'interesse generale che egli solo ha missione d'apprezzare. Può anche regolare il passato, se un interesse sociale lo esige; i cittadini non possono opporgli la costituzione, dal momento che non vengono privati d'un bene che è nel loro possesso. Può darsi che il loro interesse sia leso da una legge che viene a toglier loro un modo d'usare della loro proprietà consacrato da una legge antica; ma l'interesse particolare deve piegare innanzi all'interesse generale (1).

150. Un decreto del 7 marzo 1793 abolì la facoltà di disporre dei proprii beni, sia a causa di morte, sia tra vivi, sia per donazione contrattuale, in linea retta. La Convenzione voleva assicurare a tutti i figli un diritto uguale sui beni dei loro ascendenti. Noi non diciamo che abbia ben fatto; le leggi che restringono in limiti troppo angusti il potere del proprietario di disporre dei suoi beni nocciono alla società, poichè diminuiscono il movente che eccita gli uomini ad aumentare i loro beni; esse sono adunque un ostacolo allo sviluppo della ricchezza, e la ricchezza è per le nazioni una condizione di sviluppo intellettuale e morale. Ma il diritto del legislatore è incontestabile, poichè

---

(1) La Corte di cassazione ha deciso, con numerose sentenze, che niuno può acquistare, per un possesso qualsiasi, il diritto d'usare della sua cosa, in modo da compromettere la sanità pubblica. Conseguentemente essa ha deciso che un regolamento municipale può prescrivere che nelle case già edificate siano praticati dei pozzi neri, come in quelle che saranno fabbricate in avvenire (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1865, I, 113 e la nota).

egli non fa che regolare l'uso della proprietà. Potrebbe anche abolire il diritto di testare in modo assoluto. Merlin lo riconosce e non ne fa alcun dubbio. Il diritto di testare è una facoltà che i cittadini hanno dalla legge; se questa può accordarlo, può anche ritirarlo (1).

Questi principii sono stati riconosciuti, nel Belgio, in una relazione notevole fatta al Senato da Gheldolf. Il relatore dice benissimo che la proprietà è una derivazione della libertà individuale; ma la libertà degli individui perisce con essi contemporaneamente al loro diritto nei riguardi colla società: l'individuo morto non ha più la proprietà dei suoi beni, nè la facoltà di disporne o di trasmetterli. Ciò vuol dire che il diritto di testare ha il suo principio nella legge; esso è una creazione dell'autorità sociale. Come dice Montesquieu, « i testamenti sono piuttosto atti del diritto politico che del diritto civile, del diritto pubblico piuttosto che del diritto privato » (2). I diritti che crea la società possono dalla società stessa essere aboliti.

Questi stessi principii ricevono l'applicazione nelle successioni *ab intestato*. Il legislatore, già s'intende, può regolarle come vuole. Egli potrebbe dunque abolire le successioni collaterali o restringerle. Potrebbe anche abolire ogni successione *ab intestato* senza violare la costituzione: ciò non sarebbe privare il proprietario dei suoi beni, poichè egli li conserverebbe sino alla sua morte, ed alla sua morte i suoi diritti cessano, come dice la relazione al Senato. Sarebbe, a nostro avviso, una pessima legge, ma non violerebbe il principio costituzionale della non-retroattività.

Per la medesima ragione il legislatore può modificare le leggi che regolano i contratti, ed applicare le sue disposizioni al passato, purchè non tolga alle parti contraenti un bene che è nel loro dominio. Così facendo egli lederà il più delle volte interessi privati; ma è suo diritto di far prevalere l'interesse della società su quello degli individui. I privati lesi non possono lamentarsi di questa retroattività, giacchè non viola la costituzione. È possibile che il legislatore abbia male apprezzato l'interesse generale; ma egli solo ne è l'organo ed il giudice.

§ 2. — *Quando il giudice può e quando non può applicare le leggi al passato.*

151. Il principio della non-retroattività è diretto principalmente al giudice, dice Portalis. Vuol dire per questo che il

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, art. 2.

(2) Relazione di M. Gheldolf sul progetto di legge relativo alle fondazioni in favore dell'insegnamento pubblico o a profitto di coloro che godono posti gratuiti (Senato, *Documenti parlamentari*, 1864, sessione straordinaria, p. 7).

giudice non possa giammai applicare una legge al passato? Stando ai termini del codice civile, si potrebbe credere che l'art. 2 stabilisca una regola assoluta: « la legge non ha effetto retroattivo ». Ma il testo non è così assoluto come parrebbe. Anzitutto esso non vincola il legislatore, eccetto che nei limiti dell'art. 11 della costituzione. Se il legislatore può fare una legge che regola il passato, ciò prova che la non-retroattività non è l'essenza della legge. Quindi nulla impedisce che il giudice applichi le leggi al passato.

Noi diciamo che la non-retroattività non è dell'essenza della legge. Dal punto di vista del diritto positivo la legge non può essere retroattiva nel senso che non può togliere ai cittadini un bene che è nel loro possesso; a maggior ragione, quando una legge non è retroattiva espressamente, il giudice non può applicarla in modo che privi un cittadino d'un diritto qualunque di cui ha la proprietà. Ma, se si tratta d'una legge che regola l'esercizio della proprietà, e se questa legge non dice ch'essa s'applica solamente all'avvenire, nulla impedisce che il giudice l'applichi in modo che regoli il passato. Così facendo il giudice non farà che interpretare la volontà del legislatore. La legge può essere retroattiva, se il legislatore lo vuole; la volontà di questo può essere espressa, e può essere anche tacita. Ora, il giudice ha certo il diritto, o, per meglio dire, ha il dovere di scrutare l'intenzione del legislatore, poichè deve obbedirgli. Quindi la regola dell'art. 2 non è più un ostacolo a che il giudice applichi la legge al passato; egli non fa che seguire la volontà del legislatore. Ma come conoscere questa volontà quando il legislatore non l'ha espressa? La quistione è d'una grande difficoltà. Si tratta di formulare un principio che serva di guida al giudice, che gli apprenda quando possa e debba applicare la legge al passato, e quando non lo debba.

152. Il principio della non-retroattività ha per il giudice lo stesso senso, la stessa portata che per il legislatore? Vale a dire, il giudice può applicare la legge al passato nel caso in cui il legislatore avrebbe potuto regolare il passato? Gli autori che hanno scritto sulla materia sembra che lo credano, quantunque essi non enuncino la questione in questi termini. E ciò pare assai logico. L'art. 2, che formola il principio, s'indirizza contemporaneamente al giudice ed al legislatore: come mai una sola e medesima regola avrebbe un senso differente, secondo che l'applica la legge o il tribunale? Vi è del vero in questa opinione, ma l'assimilazione che essa fa del potere legislativo e del potere giudiziario ci sembra troppo assoluta.

Il legislatore è l'organo degl'interessi generali della società; egli può regolare il passato come il presente, in nome di questi interessi. Ha il giudice lo stesso potere? La dottrina dell'interesse generale tende a prevalere fra i giureconsulti che han trattato della non-retroattività delle leggi. In una dissertazione

pregevole Blondeau (1) dice che ogni legge nuova nascendo incontra delle aspirazioni formate sotto l'impero della legge antica. Queste aspirazioni meritano dei riguardi e non possono essere disingannate senza produrre qualche male. D'altra parte è pure un male il lasciar sussistere la legge antica nei suoi effetti i più lontani. Se il legislatore l'ha abrogata o modificata, non è forse perchè essa era cattiva o difettosa? Si è dunque in presenza di due mali: è l'*utilità sociale* che deciderà se il male di distruggere speranze formate sotto la legge antica sia minore che quello di conservare ancora a questa legge il suo impero con pubblico danno. Chi pondererà questi inconvenienti e chi deciderà? È il legislatore che dovrebbe decidere le quistioni d'utilità sociale, poichè tale è la sua missione. Ma s'egli non l'ha fatto, lo farà il giudice.

È in questi termini che Duvergier stabilisce il principio che deve guidare il giudice: « Allorquando è certo che l'*interesse generale* esige che la regola di recente introdotta sia immediatamente applicata, allorquando è dimostrato che vale meglio per la società soffrire la perturbazione, conseguenza inevitabile d'un cangiamento brusco nella legislazione, piuttosto che attendere per più o meno lungo tempo gli effetti salutari che debbono risultare da una legge nuova, il principio della non-retroattività deve cedere; in altri termini, è presumibile che il legislatore abbia voluto retroagire » (2).

Una raccolta che riproduce con fedeltà le opinioni dominanti, il *Répertoire* di Dalloz, formula questa dottrina come una regola assoluta. Le leggi regolano il passato, egli dice, quando l'*interesse generale* esige che siano immediatamente applicate, *perchè non v'ha diritto acquisito contro il più grande dei diritti che è la felicità dello Stato* (3).

153. Il principio così formulato ci sembra troppo assoluto. Vi è una distinzione a fare. Quando il legislatore si trova di fronte ad un semplice *interesse,* invocato dai privati, egli può costringere questo interesse individuale a piegare dinanzi all'interesse generale, salvo a vedere se il giudice ha il medesimo potere che la legge. Ma quando il legislatore è di fronte a un *diritto* appartenente ad un privato, allora deve rispettarlo; a maggior ragione il giudice non può, in nome dell'*interesse generale,* distruggere nè modificare i diritti dei cittadini.

Supponiamo anzitutto che l'interesse generale sia in conflitto con l'interesse particolare, senza che gl'individui abbiano un diritto da opporre allo Stato; allora è evidentissimo che l'inte-

---

(1) Blondeau, *Essai sur ce qu'on appelle effet rétroactif des lois* (*Thémis belgique,* t. VII, p. 348 e seg.).

(2) Duvergier, *De l'effect rétroactif des lois.* Questa dissertazione si trova in una Raccolta belga intitolata la *Revue des Revues de droit,* t. VIII, p 14 e seg.

(3) Dalloz, *Répertoire,* alla parola *Loi,* n. 192.

resse generale deve dominare. In questo senso, noi poniamo come norma che la legge regola il passato allorquando essa ha per obbietto un *interesse generale* e che non trova di fronte a sè che *interessi individuali*. Questa massima è fondata sull'essenza della società civile. Gli uomini, pel fatto stesso che entrano in una società, debbono fare il sacrificio dei loro interessi privati in pro dell'interesse generale; altrimenti non sarebbe possibile alcuna società: la società non è altra cosa che il predominio degl'interessi generali sugli interessi individuali. Noi porremo alcune applicazioni di questa prima regola per meglio precisarne la portata.

154. « Tutte le leggi politiche sono retroattive, dice Pardessus, perchè esse sostituiscono ad istituzioni esistenti delle istituzioni nuove, alle quali sono sottomessi gli uomini nati sotto l'impero delle antiche » (1). Perchè le leggi politiche regolano necessariamente il passato? Perchè esse sono essenzialmente leggi d'interesse generale, e i cittadini non hanno diritti da potere invocare contro queste leggi. Egli è vero che vi sono dei diritti chiamati politici, ma questi diritti non sono nel dominio degli individui che li esercitano; la società li concede, la società può toglierli. Chi penserebbe di rimproverare il legislatore di retroagire quando egli restringe il diritto di suffragio? Noi supponiamo, già s'intende, che i diritti politici non siano consacrati dalla costituzione; se si tratta di diritti costituzionali, è evidente che la legge non può nè abolirli, nè modificarli; ma il potere costituente lo potrebbe, come noi abbiamo detto più indietro. Ciò prova che i diritti politici sono sempre in mano della società. In questa materia il potere sociale regola il passato come il presente. La non-retroattività non si concepisce neppure: si comprenderebbe che, in un medesimo Stato, il tale cittadino fosse elettore in virtù di una legge antica, mentre il tale altro non lo sarebbe in virtù della legge nuova, quantunque amendue avessero le stesse condizioni di età e di censo? La quistione non ha senso alcuno.

155. Intanto, cosa singolare, è sempre in materia di leggi politiche che si prodiga il rimprovero ch'esse sono retroattive. Noi abbiamo di già citato un esempio singolare di queste vane imputazioni; ne citeremo altri pur curiosissimi. I principii sono di una tale evidenza che, se noi non avessimo a fare che con giureconsulti, non varrebbe la pena di fermarvici. Ma la nostra opera è diretta anche agli uomini politici. Importa dunque di dare ai principii che enunciamo un'autorità irrefragabile.

Noi abbiamo già riferite le parole di Pardessus, ingegno eccellente e giureconsulto profondo. Egli parla con una specie di dispregio di questo *eterno e insignificante rimprovero di retroattività* che i partiti politici rivolgono alle leggi che li feri-

(1) PARDESSUS, Discorso pronunziato nella discussione della legge del 15 luglio 1828 sulla stampa periodica (*Moniteur* del 14 giugno 1828, p. 852).

scono. Bisogna infatti che vi sia l'acceccamento della passione per invocare il principio della non-retroattività in materia politica. Possono esservi, e vi son quasi sempre, degli *interessi* lesi da una legge nuova; ma questi *interessi* non costituiscono un *diritto;* per conseguenza, nè il legislatore, nè il giudice non debbono tenerne alcun conto. Non già che il legislatore debba violare leggermente gl'interessi individuali; egli ha il diritto di sacrificarli all'interesse generale, ma deve usare del suo diritto con prudenza; non può sempre fare ciò che ha il diritto di fare, altrimenti finirebbe col riunire contro di sè tutti gl'interessi offesi; ciò sarebbe una sorgente inesauribile di fastidii e di disturbi. Ma queste riserve medesime implicano che non v'ha alcun *diritto* in causa; ed ove non vi è *diritto* può esservi questione di non-retroattività?

156. La dottrina è unanime nell'insegnare che le leggi politiche regolano necessariamente il passato (1), e la giurisprudenza è d'accordo con gli autori. Un Comune impone una contribuzione, ovvero estende i limiti entro i quali l'imposta dovrà essere riscossa. Gli abitanti che contavano d'essere esenti da questa contribuzione saranno lesi dall'applicazione del nuovo regolamento; la lesione sarà soprattutto evidente quando un territorio nuovo, al di fuori del recinto daziario, vi sia sottoposto; i proprietarii che avevano avuto cura di depositarvi le loro mercanzie, conformandosi all'antico regolamento, si lamentano. È certo che essi sono delusi nelle loro aspettative; provano un danno che non s'aspettavano certo. Tuttavia questi lamenti non sono mai stati accolti dai tribunali, i quali hanno invariabilmente deciso, come lo dice una sentenza della Corte di cassazione, che le leggi di polizia, le quali hanno per oggetto essenziale l'interesse generale, derogano per loro natura ad ogni possesso ed uso che vi fosse contrario; che questi possessi ed usi non formano un *diritto;* che il pregiudizio che agli individui può risultare dalla legge nuova non impedisce al legislatore d'agire nell'interesse pubblico (2). È la consacrazione espressa della dottrina che noi abbiamo formulata.

157. La stessa decisione sarebbe applicabile a una quistione che si è presentata a Gand. Una legge del 18 marzo 1828 esentò dalla contribuzione fondiaria durante otto anni i nuovi edifici allo scopo d'incoraggiare le costruzioni. Il Consiglio comunale, con un regolamento del 27 aprile 1868, gravò dell'11 per cento sulla rendita catastale le proprietà dichiarate esenti dalla legge del 1828. Quindi le lamentele, le accuse di retroattività. « Che!

---

(1) MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi du Code civil,* t. II, p. 35 e seg. DUVERGIER su TOULLIER, t. I, p. 53. DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Loi,* n. 192.

(2) Sentenza del 2 giugno 1836 (DALLOZ, alla parola *Commune,* n. 1787); sentenza del 9 dicembre 1836 (DALLOZ, alla parola *Loi,* n. 192, nota); sentenza del 15 aprile 1863 (DALLOZ, *Recueil périodique,* 1863, 1, 400).

dicevano gl'intraprenditori, una legge c'incoraggia a costruire, promettendoci l'esenzione dalla contribuzione fondiaria durante otto anni; è sulla fede di questa promessa solenne che noi abbiamo fabbricato delle case, nonpertanto il Comune viene ora a smentire questo obbligo, e ci costringe a pagare un'imposta dalla quale una legge ci aveva esentati! Noi abbiamo contratto con i nostri inquilini, sotto l'impero della legge del 1828; il prezzo della locazione è stato fissato in vista dell'esenzione che essa ci accordava. Il regolamento comunale modifica queste convenzioni a nostro pregiudizio; dunque esso lede i nostri diritti ed è, per conseguenza, retroattivo ». Ammettiamo che il regolamento comunale cagioni un pregiudizio agl'intraprenditori; può dirsi per questo che attenti ai loro *diritti?* I cittadini non hanno alcun diritto in materia d'imposta: essi non hanno che delle *obbligazioni*, nel senso che il legislatore regola le contribuzioni come intende; esso accorda oggi un'esenzione, domani la ritira; è nel suo diritto, poichè parla in nome dell'interesse generale, e non avendo i contribuenti alcun diritto da opporgli, l'interesse generale prevale su quello individuale. Il legislatore avrebbe potuto abrogare la legge del 1828, fondandosi sull'interesse generale che questa legge aveva male apprezzato. Dire ch'esso nol potrebbe senza retroagire sarebbe come dire che il potere legislativo non può correggere i suoi errori, che non può sottoporre ad un'imposta coloro che ebbe torto di esentare. Ciò è contrario all'essenza stessa del potere, che ha per missione di vegliare sugl'interessi generali della società. Ora, quel che può fare il legislatore lo può anche il Comune nei limiti del suo territorio e dei suoi interessi. Se i proprietarii non hanno diritti da opporre allo Stato, essi non possono averne riguardo al Comune; o si pretenderebbe che il diritto cambia di natura a seconda che lo s'invoca contro il Comune o contro lo Stato?

158. Si è agitata un'altra quistione che dovrebbe decidersi secondo gli stessi principii. Lo Stato e, in sua mancanza, i Comuni potrebbero stabilire una assicurazione obbligatoria per tutti gli abitanti, sia del regno, sia d'una città? Fra le altre obbiezioni si è detto che ciò sarebbe un attentare ai diritti delle compagnie d'assicurazione che si sono formate sotto l'impero della legislazione attuale. Noi crediamo che, a rigore, lo Stato e i Comuni potrebbero stabilire un'imposta nuova, senza tener conto degl'interessi che potessero offendere. I privati non hanno diritti da opporre, in questa materia, alla società. Ciò non vuol dire che la società debba, senza grande necessità, scompigliare interessi considerevoli. Ma questa è una quistione di prudenza politica e non di diritto.

159. La legge del 19 dicembre 1864 ha tolto ai collatori delle antiche fondazioni il diritto di conferire le borse per attribuirlo a nuove amministrazioni. Da ciò vive lagnanze e rimproveri violenti di retroattività, di spogliazione: i giornali cattolici sono

trascesi sino a trattar le Camere e il Re da ladroni (1). Intanto i relatori della legge alla Camera dei rappresentanti ed al Senato, i signori Bara e Gheldolf avevano risposto anticipatamente a queste vane imputazioni. Le leggi politiche sono sempre retroattive, dicevano essi con tutti i giureconsulti, e la legge sulle fondazioni è una legge politica. Si parla di diritti violati: chi dunque ha un diritto in materia di fondazione? La sola società. Quanto ai donatarii, essi ripetono il loro diritto dalla legge: è il legislatore che autorizza le fondazioni, è desso che le sottomette a quelle condizioni che gli piace di stabilire; egli può modificarle, sopprimerle anche, come organo dell'interesse sociale in nome del quale le autorizza. Noi domandiamo chi avrebbe un diritto da opporgli. Sarebbero i fondatori o i loro eredi? Il diritto del proprietario è transitorio, esso s'estingue con lui; tutte le disposizioni che egli faccia per il tempo in cui non esisterà più non sono valide che per l'autorità del legislatore; quando questo gli permette di fondare delle borse, si riserba il diritto di regolare queste fondazioni secondo le variabili esigenze dello stato sociale. I collatori avrebbero il diritto di lamentarsi di questa retroattività? La loro missione è un incarico che tengono dallo Stato, e dallo Stato soltanto. La società che li ha investiti d'una funzione sociale può anche toglierla loro.

Noi non insistiamo, perchè la quistione va considerata sotto varii aspetti. Coloro che desiderassero maggiori dettagli possono consultare le eccellenti relazioni dei signori Bara (2) e Gheldolf (3). Sotto l'ispirazione dell'episcopato molti amministratori dichiararono ch'essi non potevano prendere alcuna parte, nè diretta nè indiretta, all'esecuzione d'una legge che consideravano come un attentato al diritto di proprietà ed ai più sacri principii di giustizia. Queste pretensioni furono respinte dai tribunali. La Corte di Bruxelles decise con sentenza del 7 agosto 1866, « che ogni cittadino deve obbedienza alla legge, che a nessuno è dato sottrarvisi e contestarne la forza obbligatoria dal punto di vista delle sue opinioni personali che possono esservi contrarie » (4).

160. Se le leggi politiche regolano il passato, gli è perchè l'interesse sociale lo dimanda, e l'interesse sociale prevale sull'interesse individuale. Ne consegue perciò che la legge debba sempre essere retroattiva quando vi è un interesse sociale in

---

(1) Il rimprovero fatto alla legge sulle borse, di violare il diritto di proprietà, è riprodotto nel *Mémoire justificatif* dei vescovi del Belgio del 21 marzo 1886 (*Journal hystorique et littéraire*, t. XXXIII, p. 19).

(2) Relazione sul progetto di legge fatta da Bara alla Camera dei rappresentanti (*Documents parlamentaires*, 1863, p. 497 e seg.).

(3) Relazione fatta al Senato da Gheldolf il 7 settembre 1864 (*Documents parlamentaires*, 1864, p. 7 e seg.).

(4) *Pasicrisie, Recueil général de jurisprudence des cours de Belgique*, 1866, p. 309.

causa? I cittadini non possono mai invocare il loro *diritto* contro *il maggior diritto della felicità dello Stato?* Si risponde affermativamente applicando alle relazioni di diritto privato la famosa massima che la salute dello Stato è la legge suprema. Questa massima è falsa anche nell'ordine politico. Lo Stato ha per missione di tutelare, di guarentire i diritti dei cittadini: come dunque potrebbe esso sacrificarli a una pretesa salute pubblica? La vera salute pubblica non esige essa forse che i diritti dei cittadini non possano venir giammai violati? Se lo Stato può, in nome della salute pubblica, togliere ai cittadini i loro beni, la loro libertà, la loro vita, che diverrà la società? Singolare salute pubblica quella che distrugge i diritti di tutti! La massima, che la salute del popolo è la legge suprema, è verissima, finchè non vi son di fronte che *interessi:* nel conflitto è evidente che l'interesse generale deve dominare su gl'interessi particolari; ma la massima è falsissima quando, in nome dell'interesse generale, lo Stato vuole annientare i diritti degli individui. Anzichè potervi attentare, ha il dovere di farli rispettare: esso non ha altra ragione d'essere.

161. La dottrina della salute pubblica permetterebbe al legislatore di retroagire sempre, anche violando i diritti degli individui. Vi è una dottrina affatto contraria che rifiuta in modo assoluto al legislatore, ed a più forte ragione al giudice, il potere di regolare il passato. Beniamino Constant respinge la retroattività tanto in materia di leggi politiche quanto in materia di diritti privati. « La retroattività, egli dice, è il più grande attentato che la legge possa commettere: essa è la lacerazione del patto sociale, è l'annullamento delle condizioni in virtù delle quali la società ha il diritto d'esigere l'obbedienza dall'individuo, poichè gli rapisce le garanzie che ad esso assicurò in cambio di quest'obbedienza che è un sacrificio. *La retroattività toglie alla legge il suo carattere; la legge che retroagisce non è più una legge* » (1). Ciò è vero quando la legge, regolando il passato, viola un *diritto* individuale; noi l'abbiamo detto. Ma non è vero quando il legislatore non ha che a regolare degl'*interessi:* come violerebbe egli un diritto ove non esiste? Non solamente egli può retroagire sacrificando interessi individuali, ma talvolta lo deve. Egli lo deve perchè la sua missione è di vegliare sull'interesse generale. Se non vi è più società quando la legge può spogliare i cittadini dei loro diritti, è vero anche che non vi sarebbe più società possibile, se essa si dovesse arrestare davanti agli interessi particolari.

162. La distinzione che noi facciamo fra gl'*interessi* e i *diritti* non risolve ancora tutte le difficoltà che solleva il principio della non-retroattività. Noi ammettiamo con Beniamino Constant che la società non può mai, in nome del suo interesse,

---

(1) Discorso di BENIAMINO CONSTANT, nella discussione della legge sulla stampa (*Moniteur* del 1.° giugno 1828, p. 755).

violare i diritti dei cittadini. Ma la società non ha pure il suo diritto? E se il diritto della società è in conflitto col diritto degl'individui, non è quest'ultimo che deve cedere? Quando il diritto dell'individuo è assoluto, vale a dire quando si tratta d'uno di quei diritti senza i quali la sua esistenza non si concepisce, non v'ha più dubbio; la società non può attentare a questi diritti, neppure in nome del diritto ch'essa ha di conservarsi; poichè essa si conserva rispettando i diritti senza i quali gl'individui non potrebbero esistere, mentre essa rovinerebbe le basi d'ogni ordine sociale violandoli. Ma quali sono questi diritti assoluti di cui l'individuo non può essere spogliato? Noi escludiamo i diritti politici, poichè l'individuo non può invocarli contro lo Stato, da cui li ripete. Restano i diritti privati che concernono direttamente o indirettamente la proprietà. La quistione si riduce dunque a sapere se la proprietà è un diritto assoluto che il legislatore non può toccare. Noi abbiamo di già risposto alla quistione. Il *diritto* di proprietà non può essere tolto ai cittadini; è un diritto assoluto, garentito come tale dalla costituzione. Dunque, quando il *diritto* di proprietà è in causa, non può esservi legge retroattiva; ma la retroattività diviene possibile quando si tratta solamente dell'uso e dell'esercizio del diritto. Il legislatore può, in nome dell'interesse generale, regolare il passato, poichè non si è più di fronte a un *diritto,* ma ad un *interesse* più o meno grande.

163. Il potere del legislatore determina, in generale, quello del giudice. Quando il legislatore non può retroagire, a maggior ragione nol può il giudice. Egli non può dunque giammai applicare la legge in modo che tolga ad un cittadino un diritto che è nel suo dominio. È questo ciò che la dottrina chiama un *diritto acquisito.* Qui l'assimilazione fra il giudice e il legislatore è assoluta. Ma che bisogna dire quando si tratta di diritti che non formano una proprietà? Il potere del giudice è ancora lo stesso che quello del legislatore? Questa è, a nostro avviso, la grande difficoltà in siffatta materia. Gli autori non trattano la quistione, ma tutti partono dal presupposto che il principio della non-retroattività significa per il giudice ciò che significa pel legislatore; donde segue che, allorquando il legislatore può retroagire, il giudice per lo stesso motivo può applicare la legge al passato. Noi non ammettiamo il principio che con restrizioni.

164. È certo che in generale il principio della non-retroattività è uno, il medesimo per il giudice e pel legislatore. Quando la legge retroagisce formalmente, o quando essa dichiara di non volere regolare il passato, allora non vi è più quistione. La difficoltà non si presenta per il giudice che allorquando il legislatore non ha espressa la sua volontà. Ciò avviene spessissimo nel passaggio da una legislazione antica ad una legislazione nuova; il legislatore non decide le quistioni di retroattività, che si chiamano anche quistioni transitorie, perchè, per loro

stessa natura, esse non durano che un certo tempo. Che farà il giudice? Nel silenzio della legge, egli deve consultare l'intenzione del legislatore, poichè la sua missione consiste nell'applicare ciò che vuole il potere legislativo. Bisogna adunque che indaghi se il legislatore ha voluto, o no, regolare il passato. Se si tratta d'un diritto di proprietà degl' individui, la quistione è decisa dalla costituzione; il giudice non può neanche supporre che il potere legislativo voglia attentare al diritto di proprietà. Ma se questo diritto non è in causa? il legislatore agisce come organo degl'interessi generali; il giudice deve dunque vedere se vi è un interesse generale che abbia potuto indurre il legislatore a regolare il passato; egli deve credere che il legislatore avrebbe retroagito, se avesse preveduta la difficoltà; in questo caso, egli deve applicare la legge al passato; facendolo, obbedisce alla volontà del legislatore.

La difficoltà non è ancor risolta. Come mai il giudice si assicurerà che vi è un interesse generale che comanda la retroattività? Vi sono leggi essenzialmente d'interesse generale, e che, per loro natura, regolano il passato, senza che il legislatore abbia bisogno di dirlo. Tali sono le leggi politiche, e noi abbiamo detto la ragione per cui esse sono sempre retroattive. È lo stesso, in materia di diritto privato, delle leggi d'ordine pubblico, vale a dire di quelle che regolano lo stato delle persone e la capacità od incapacità che ne risulta. Esse concernono, è vero, gli individui ed i loro diritti più importanti; ma questi diritti, al pari che i diritti politici, sono regolati da ragioni d'interesse generale, e sono per lo stesso motivo subordinati al potere della legge; essa li accorda, li ritira, li modifica secondo le esigenze dello stato fisico, intellettuale, morale, politico. Per ciò che concerne il loro stato, gl'individui non hanno dunque alcun *diritto* da opporre al legislatore; non hanno che un interesse più o meno grande da far valere, ma il loro interesse è dominato dall'interesse generale. Poco importa che la nuova legge cagioni un pregiudizio: è un *interesse* che è leso, non un *diritto*. Quindi il legislatore può regolare il passato, e, nell'interesse sociale, egli lo deve. Ciò decide la quistione per il giudice: ogni legge di stato personale è necessariamente retroattiva; il giudice deve applicarla al passato.

165. Non è lo stesso delle leggi che concernono i beni, leggi che noi appelliamo patrimoniali. Il legislatore ha soprattutto in vista l'interesse degl'individui; ciò è tanto vero che il legislatore lascia libertà intiera di contrattare, anche derogando alle leggi da lui emanate; queste leggi non hanno in vista che l'interesse particolare; e chi è miglior giudice di questi interessi che gl'interessati? Non vi è dunque, in generale, alcun interesse sociale che comanda al legislatore di regolare il passato, in materia di diritti patrimoniali. Bisogna piuttosto porre il principio contrario: il legislatore non deve regolare il passato, perchè il passato, come il presente e l'avvenire, sono abbandonati

al libero arbitrio degli interessi individuali. Però questa regola non è assoluta. L'interesse pubblico si lega con gl'interessi privati, anche in materia di diritti patrimoniali, e qualche volta li domina. In questo caso il legislatore può retroagire; il giudice può dunque applicare la legge anche al passato, fondandosi sulla volontà tacita del legislatore che avrebbe retroagito se avesse preveduto la difficoltà.

166. Ma qui nasce la quistione di sapere se il giudice può tutto ciò che può il legislatore. Quando vi è un interesse generale che comanda evidentemente al legislatore di retroagire, non v'ha dubbio; il giudice applicherà la legge al passato. Ma il legislatore ha un'azione ben più estesa che il giudice; egli non è legato che dalla costituzione; quando esso non violi il diritto di proprietà, togliendo ai cittadini un diritto che è nel loro dominio, ha il potere di regolare il passato. La posizione del giudice non è la stessa; la sua missione si limita ad applicare la legge e, quando essa è muta, a seguire la volontà presunta del legislatore. Ora, egli non può supporre in questo la volontà di retroagire, se non vi è un interesse generale che gli permetta di sacrificare gl'interessi particolari. Non basta adunque che la legge sia d'interesse sociale, bisogna ancora che questo interesse domandi la retroattività perchè il giudice possa farla retroagire.

Vi è ancora un'altra differenza fra il potere legislativo ed il potere giudiziario; il primo ha un diritto d'iniziativa che il secondo non ha; il giudice deve limitarsi ad applicar la legge, ma non può farla. Ciò è elementare, ma ha una grande importanza in materia di retroattività. Anche quando il legislatore trova che l'interesse della società esige che una legge nuova retroagisca, prescrive talvolta delle misure transitorie che sono necessarie perchè la legislazione nuova s'introduca senza troppo grandi scosse. In tutti i casi, ove questa necessità esiste, il giudice non può applicare la legge nuova al passato, poichè nol potrebbe che prescrivendo delle regole che servono di transizione, vale a dire ch'egli farebbe la legge, mentre deve limitarsi ad applicarla. Segue da ciò che il giudice non può fare retroagire la legge, quando essa non retroagisce espressamente, che nei casi in cui la retroattività può aver luogo senza che vi siano misure transitorie a prendere, nei casi in cui la nuova legislazione può immediatamente e di pieno diritto rimpiazzare l'antica.

167. Prima di passare all'applicazione di questi principii noi dobbiamo notare che le questioni di non-retroattività non si presentano che allorquando si tratta d'una legge nuova che prende il luogo dell'antica. Ora, non ogni legge emanata dal potere legislativo è una legge nuova. Vi sono anzitutto le leggi interpretative le quali non sono che le antiche, spiegate, rese più chiare. È inesatto il dire che queste leggi retroagiscono, poichè la legge antica non è surrogata dalla legge nuova; essa

sussiste, è dessa che il giudice applica nel senso ch'essa deve avere, che ha sempre avuto, secondo l'interpretazione data dal legislatore istesso. Ciò sarà provato appresso trattando dell'interpretazione delle leggi.

168. La dottrina e la giurisprudenza assimilano alle leggi interpretative quelle che non fanno che formulare dei principii ammessi nell'antico diritto (1). Noi ammettiamo che anche queste leggi regolino il passato, ma non ci sembra giuridico chiamarle leggi interpretative. Non può esservi legge interpretativa ove non vi è una legge da interpretare, ove non sono intervenuti giudizii contradditorii sul senso d'una legge, ove non vi è un'oscurità, un'incertezza giudiziariamente constatata che rendono necessario l'intervento del legislatore. Si supponga che il giudice applichi una disposizione del codice civile a un fatto che si è compiuto prima della sua pubblicazione; ma questa disposizione non è nuova, la regola ch'essa formula era seguita nell'antico diritto. Si può dire che il giudice dà, in questo caso, un effetto retroattivo al codice? No, certo, poichè egli applica realmente l'antico diritto.

Questo principio è stato già formulato da Domat: « Quantunque le leggi arbitrarie, dice egli, non abbiano il loro effetto che per l'avvenire, se ciò ch'esse ordinano si trova conforme al diritto naturale o a qualche legge arbitraria vigente, esse hanno, riguardo al passato, l'effetto che ponno ottenere dalla loro conformità e relazione al diritto naturale ed alle antiche regole, cui servono anche ad interpretare ». Appresso Domat aggiunge che le leggi debbono servir di regola al passato, quando esse non fanno che ristabilire una regola antica o una regola dell'equità naturale, o che risolvono quistioni per le quali non v'era alcuna legge nè alcuna consuetudine (2). L'applicazione di questo principio non soffre alcun dubbio, quando è certo che la legge nuova riproduce il diritto antico. È perciò che la Corte di cassazione ha cassato una sentenza della Corte di Parigi che aveva rifiutato d'applicare l'art. 2280 del codice civile a una rivendicazione di merci involate nel 1798; essa si è fondata su ciò, che l'articolo « non era che la ripetizione degli antichi principii costantemente seguìti in materia di rivendicazione della cosa involata o perduta » (3). La quistione è più difficile quando non vi sono principii certi nell'antico diritto; non bisogna dire in questo caso che la legge è nuova, e che in conseguenza non deve retroagire? La Corte di cassazione ha deciso che le disposizioni del codice civile hanno l'effetto di leggi interpretative in fatto d'equità, e noi crediamo

---

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Bénefice d'inventaire*, n. 25. Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Loi*, n. 190.

(2) Domat, *Traité des lois*, chap. XII, n. 2; e Libro preliminare, t. I, sez. 1, n. 14.

(3) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Effect rétroactif*, sez. III, § 14.

che abbia ben giudicato. È vero che la legge è nuova, nel senso ch'essa ha formulato per la prima volta una regola d'equità, ma questa regola non è evidentemente nuova, poichè l'equità e le regole che ne derivano sono altrettanto antiche quanto la coscienza umana.

Sezione II. — *Dei diritti di stato personale.*

§ 1. *Principio.*

169. Due sentenze della Corte di cassazione, del 6 giugno 1810 e del 12 giugno 1815, hanno enunciato in questi termini il principio regolatore delle leggi di stato personale: « Le leggi che regolano lo stato delle persone si applicano all'individuo al momento stesso della loro emanazione, e lo rendono da questo momento capace od incapace, secondo la loro determinazione; in ciò queste leggi non hanno alcun effetto retroattivo, perchè, lo stato civile nelle persone essendo subordinato all'interesse pubblico, appartiene al potere del legislatore di cambiarlo o modificarlo secondo i bisogni della società » (1). Merlin dice che questo principio pecca per la sua troppo grande generalità; noi crediamo che il principio è di una verità assoluta, nel senso che giammai può essere invocata dai cittadini la proprietà di un diritto di stato personale; i diritti di questa natura non possono mai considerarsi come diritti acquisiti.

Lo stato delle persone, essendo essenzialmente d'interesse pubblico, è per ciò stesso nel dominio del legislatore (2): quindi è impossibile che sia nel dominio degli individui, e conseguentemente esso non potrebbe essere un diritto acquisito. Un diritto acquisito non suppone, come dice Meyer, il celebre giureconsulto olandese, che questo diritto è divenuto proprietà di colui che lo esercita? (3). E il primo diritto del proprietario non è quello di disporre della cosa che gli appartiene, di usarne ed abusarne, di trasmetterla per atto tra vivi o per testamento? Ora, si può mai concepire che si disponga dello stato di età maggiore e dello stato di donna maritata, che lo si venda, che lo si leghi? Vi è incompatibilità radicale fra la nozione del *diritto acquisito* e lo stato delle persone.

170. Ciò è elementare. Certamente Merlin, criticando il principio enunciato dalla Corte di cassazione, non ha creduto già asserire che lo stato delle persone è in commercio. Allorchè una persona gode d'una capacità legale in virtù dello stato che la legge le riconosce, essa può fare gli atti giuridici per i quali è capace. Questi atti possono riguardare la sua persona o i suoi beni. Quando in seguito il legislatore trova bene di cangiare

---

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Effect rétroactif*, sez. III, § 2.
(2) Vedi retro, n. 153.
(3) Meyer, *Principes sur les questions transitoires* (ediz. Pinto, 1858, p. 15).

il suo stato, può dirsi ch'egli voglia attentare agli atti compiuti in virtù della legge antica? Per ciò che riflette gli atti relativi ai beni, la quistione può appena sollevarsi, poichè questi atti generano dei diritti acquisiti che la legge nuova deve rispettare. Che importa ch'essi sieno stati compiuti in virtù d'una capacità che ha cessato d'esistere? Essi non cessano d'essere stati compiuti in virtù della legge e conformemente alla legge; dunque il legislatore, anzichè poterli annullare, dà ad essi la sua sanzione, esso deve mantenerli. È lo stesso degli atti che sono relativi alle persone. Giusta il rigore dei principii, questi atti non producono diritti acquisiti, ma debbono nondimeno essere conservati, perchè il legislatore deve convalidare tutto ciò che si fa conformemente alle sue prescrizioni. Tale è la vera ragione per cui una legge che modifica lo stato delle persone non può essere applicata agli atti compiuti sotto l'impero della legge antica; non è perchè la legge nuova non possa retroagire, ma perchè ogni atto legale è valido e deve restare valido.

Questi principii s'applicano tanto al giudice quanto al legislatore. Anzitutto è certo che il giudice deve applicare le leggi di stato personale al passato, poichè queste leggi regolano il passato per la loro stessa essenza. È anche certo che il giudice non può invalidare gli atti compiuti sotto l'impero della legge antica. Il legislatore stesso è tenuto a rispettarli. Ma non potrebbe annullarli, se vi fosse un interesse sociale assai grave per prevalere sugli atti compiuti in conformità della legge? Il legislatore lo potrebbe, poichè non è di fronte ad un diritto acquisito, ma solamente ad un interesse sociale. In generale, l'interesse della società domanda che gli atti conformi alla legge restino validi, poichè invalidandoli il legislatore distruggerebbe la propria autorità. Possono esservi tuttavia delle eccezioni, ed allora vi sono due interessi sociali in conflitto. Appartiene al legislatore il decidere quale dee prevalere. Nel silenzio della legge, si resta sotto l'impero del principio, vale a dire che il giudice deve sempre rispettare gli atti legali: egli non può invocare la volontà presunta del legislatore, poichè le eccezioni non si presumono. Ciò sarebbe fare la legge, e la sua missione si limita ad applicarla.

§ 2. — *Applicazione.*

N. 1. - Naturalizzazione.

171. La costituzione dell'anno III porta, art. 10: « Lo straniero diviene cittadino francese allorquando, dopo aver raggiunta l'età di ventun anni compiuti ed aver dichiarata l'intenzione di fissarsi in Francia, vi ha risieduto durante *sette* anni consecutivi, purchè vi paghi una contribuzione diretta, e inoltre vi possieda una proprietà fondiaria o uno stabilimento

di agricoltura o di commercio, o vi abbia sposata una francese ». Venne in seguito la costituzione dell'anno VII, la quale dichiarò « che lo straniero diviene cittadino francese, allorquando, dopo aver raggiunta l'età di ventun anni compiuti ed aver dichiarata l'intenzione di fissarsi in Francia, vi ha risieduto durante *dieci* anni consecutivi ». Gli stranieri stabiliti in Francia, allorquando la costituzione dell'anno VIII fu pubblicata, sono stati regolati dalla legge nuova o da quella dell'anno III? Noi supponiamo che vi avessero risieduto durante sette anni, ma non avessero ancora acquistata una proprietà immobiliare, nè fondato uno stabilimento agricolo o commerciale, nè sposata una francese. Essi restavano dunque stranieri, e conseguentemente dovevano adempiere le condizioni prescritte dalla costituzione dell'anno VIII per divenire francesi, vale a dire risiedere ancora in Francia per tre anni. La nuova costituzione regola tanto il passato quanto l'avvenire, perchè è una legge politica; essa concerne lo stato politico, e anche per questo titolo essa deve essere necessariamente retroattiva (1).

172. Tutti gli autori sono d'accordo su questo punto (2). Ma, se lo straniero avesse compiute tutte le condizioni prescritte dalla legge antica al momento in cui la legge nuova è pubblicata, sarebbe divenuto francese. Anche su questo punto non v'ha dubbio. È a dirsi perciò che lo stato di straniero naturalizzato sia un *diritto acquisito?* Alcuni lo pretendono. Lo straniero, si dice, ha contrattato espressamente col paese che l'ha adottato (3). No, non v'ha contratto, ma v'ha però un diritto politico che la legge conferisce sotto certe condizioni; se lo straniero ha compiute queste condizioni, si è conformato alla legge; dunque il legislatore deve riconoscere il suo diritto come riconosce e sanziona tutto ciò che si fa in virtù della legge. Bisogna concluderne che questo diritto è un diritto acquisito che non può essere tolto allo straniero naturalizzato? Il legislatore glielo potrebbe togliere, il giudice non lo può. Noi diciamo che il legislatore lo potrebbe. Supponiamo che una legge abbia conferito al capo dello Stato il potere di naturalizzare gli stranieri, e che egli abbia abusato di questa prerogativa. Una legge nuova non potrebbe assoggettare tutti questi naturalizzati ad una nuova condizione, quella, per esempio, di domandare al potere legislativo la conferma della loro naturalizzazione? Se lo stato di straniero naturalizzato fosse un diritto acquisito, una proprietà di colui che l'ha ottenuto, il legislatore non potrebbe spogliarnelo; ma lo stato politico non è una proprietà più che nol sia lo stato civile. Quindi il legislatore può modificarlo, ma il giudice non lo può, perchè il giudice deve rispettare tutto ciò che è stato fatto

(1) Vedi retro, n. 154 e seg.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2.
(3) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 210.

conformemente alla legge, e non può supporre una volontà contraria nel legislatore (1).

N. 2. - Matrimonio.

173. La legge del 20 dicembre 1793 permette il matrimonio, a tredici anni per le giovani, a quindici anni per i giovani. Il codice civile richiede una età più avanzata, quindici anni e diciotto anni. Coloro i quali, al momento della pubblicazione del codice, avevano l'età prescritta dalla legge del 1793, sono stati regolati dalla legge nuova o dalla legge antica? Tutti sono d'accordo. È la legge nuova che riceverà la sua applicazione, anche pel passato, perchè è una legge che regola lo stato delle persone, e queste leggi retroagiscono necessariamente. La legge che regola le condizioni del matrimonio è d'interesse sociale; i cittadini non hanno alcun diritto da opporle; il legislatore può accordare loro la facoltà di maritarsi, come può rifiutarla.

Ma i matrimoni contratti sotto l'impero della legge antica saranno essi pure regolati dalla legge nuova? No, essi sono conservati. Forse perchè lo stato di coniugi è un diritto acquisito risultante da un contratto? Lo si dice da taluni (2), ed è vero che vi è un contratto. Ma questo contratto concerne lo stato delle persone, ed è impossibile che lo stato delle persone sia un diritto acquisito. Che! si dirà, il legislatore potrebbe adunque disfare le unioni contratte sotto l'antica legge? Se vi fosse un interesse sociale a disfarle, egli lo potrebbe; ma precisamente, in questa materia, l'interesse della società comanda di conservare ciò ch'è stato fatto, perchè, annullando i matrimoni, il legislatore turberebbe tutte le relazioni civili. Non è dunque una eccezione al principio che le leggi di stato personale regolano sempre il passato, ma un'applicazione d'un altro principio che vuole il legislatore conservi gli atti legalmente fatti. Non è il diritto dell'individuo che così vuole, è il diritto della società.

174. Una legge permette ai coniugi di provare il loro matrimonio mediante il possesso di stato o per testimoni. Il codice non ammette più questa prova. I coniugi maritati sotto l'impero del diritto antico dovranno provare il loro matrimonio con l'atto di celebrazione, come esige la legge nuova? Una sentenza della Corte di cassazione del 21 maggio 1810 decise che i coniugi possono provare la loro unione secondo il diritto ch'era in vigore al momento della celebrazione. Tutti gli autori approvano questa decisione, ed essa non può formare oggetto di

(1) Vedi retro, n. 164 e 166.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 1, art. 3, e sez. III, § 2, art. 5, n. 4; DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Loi*, n. 217.

dubbio (1). È questa un'eccezione al principio che le leggi di stato personale retroagiscono? No, poichè non si tratta di sapere se lo stato coniugale è un diritto acquisito. La quistione è questa: come si provano i fatti giuridici consumati sotto l'impero d'una legge antica, allorchè le forme sono state modificate da una legge nuova? Basta enunciare la quistione per risolverla. La prova dei fatti è determinata necessariamente dalla legge del giorno in cui si compiono, poichè è in questo momento che le parti debbono sapere ciò ch'esse hanno a fare per procurarsi una prova. Se la legge dice loro che la prova testimoniale è ammissibile, esse non hanno che a curare perchè vi sieno testimoni di ciò che fanno. Se vi sono testimoni, si sono conformate alla legge, la quale, da parte sua, deve sanzionare ciò ch'esse hanno fatto. Vi ha ancora un'altra ragione per decidere così. Le prove variano secondo il tempo e i luoghi: è una quistione di stato sociale. Qual'è dunque la prova che dev'essere ammessa per constatare un fatto giuridico? Quella ch'era prescritta nel tempo e nel luogo ove il fatto si è compiuto, perchè è questa prova ch'è presunta la migliore relativamente allo stato sociale dell'epoca.

175. La capacità o l'incapacità della donna maritata è determinata dalla legge nuova, e non dalla legge del giorno in cui si è maritata. Qui la quistione ridiviene una quistione di stato, cioè d'ordine pubblico. È nell'interesse sociale che la legge dichiara le donne maritate capaci od incapaci; questo interesse domina e prevale sull'interesse della donna, poichè essa non ha alcun diritto d'opporre al legislatore. Capace sotto l'antica legge, essa diviene incapace sotto la legge nuova; il legislatore può toglierle una capacità ch'egli le ha concessa. Incapace sotto la legge antica, essa diviene capace se il legislatore trova ben fatto di renderle un diritto di cui aveva avuto torto di privarla. Tutto ciò è d'ordine pubblico, non può essere quistione di diritto acquisito.

Nei paesi di diritto scritto la donna maritata poteva contrattare e stare in giudizio senza autorizzazione maritale. Il codice dichiara la donna maritata incapace. La donna che si è maritata sotto l'antico diritto, e ch'era capace di contrattare e stare in giudizio, è divenuta incapace a partire dalla pubblicazione del titolo sul matrimonio, perchè l'incapacità giuridica di cui il codice la colpisce è d'ordine pubblico. « La donna maritata, dice Coquille, per convenienza, non deve aver comunione d'affari con altri, senza lo scudo e il permesso di suo marito, per evitare il sospetto ». Egli è perchè l'incapacità della donna è d'ordine pubblico che la legge proibisce ai futuri sposi di derogarvi mediante un'autorizzazione generica che il contratto di matrimonio darebbe alla moglie (cod. civ., articoli 223, 1388).

---

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Mariage*, § 8; *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, art. 5, n. 2.

Sol perchè la incapacità della donna maritata è d'ordine pubblico, la legge nuova regola il passato come l'avvenire. È vero che nella relazione fatta al Tribunato sul titolo del matrimonio si legge che le disposizioni del progetto risguardano i matrimoni *futuri*. Ma ciò è un errore, ed un errore non può essere invocato contro i veri principii sol perchè lo si trovi in un rapporto od in un discorso ufficiale (1).

La dottrina è unanime su questo punto, del pari che la giurisprudenza. È stato deciso dalla Corte di cassazione che la donna maritata, capace, sotto l'antico diritto, di stare in giudizio, ha bisogno, dopo la pubblicazione del codice, dell'autorizzazione di suo marito, ancorchè non si trattasse che di continuare dinanzi alla Corte suprema un giudizio cominciato validamente senza autorizzazione. È stato ancor deciso che la donna maritata, quantunque fosse stata capace, sotto l'antico diritto, di alienare i suoi beni parafernali, e di obbligarsi su questi beni, è divenuta incapace sotto l'impero del codice civile. Tutti gli autori approvano queste decisioni (2).

176. Ma quale sarà la sorte degli atti giuridici che la donna ha compiuti sotto l'antico diritto? Il codice civile li annulla? No, senza dubbio alcuno. È questa un'eccezione al principio che le leggi di stato personale retroagiscono necessariamente? No. La quistione è di sapere se atti compiuti in virtù della legge debbono essere convalidati. Essi son posti sotto l'autorità della legge, per la ragione medesima che son conformi alla legge. Di più, essendo relativi ai beni, essi han generato dei diritti acquisiti. Non è dunque lo stato delle persone ch'è in causa, ma diritti patrimoniali, e a questi s'applica il principio che la legge non dispone che per l'avvenire.

177. Per applicazione dei medesimi principii, la donna maritata ch'era incapace sotto l'impero della legge antica, diviene capace, se la legge nuova le riconosce una capacità che le negava la legislazione anteriore. Secondo molte consuetudini, la donna non poteva testare, senza l'autorizzazione di suo marito, una facoltà che il diritto consuetudinario aveva avuto torto di toglierle. Ne risulta che la donna maritata sotto l'antico diritto, e incapace di testare al momento della pubblicazione del codice, è divenuta capace. Gli autori sono unanimi (3). Si vede da questo esempio come importa che lo stato delle persone e la loro capacità restino nel dominio del legislatore. Egli può ingannarsi, può spogliare i cittadini d'una facoltà che deve loro appartenere. Se si applicasse in questo caso la regola che la legge non dispone che per l'avvenire, il legislatore non potrebbe correggere gli errori che ha commessi. Nel caso concreto, le nostre

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, art. 5, n. 3; DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 218.
(2) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 219, cita le sentenze e gli autori.
(3) Vedi le citazioni, in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 219.

consuetudini avevano evidentemente torto di proibire alla donna maritata di testare senza l'autorizzazione maritale, poichè il testamento non ha effetto che alla morte, e in questo momento la potestà del marito cessa.

178. La Corte di cassazione ha giudicato replicatamente che la donna maritata ha cessato, dopo la pubblicazione del codice civile, di essere sottoposta al senatoconsulto Vellejano che reggeva i paesi di diritto scritto, ed in virtù del quale essa non poteva garantire nè per suo marito nè per altri (1). È stata una quistione assai agitata, ma non lo è più e non può esserlo, poichè è una quistione di stato che dev'essere decisa dalla legge nuova. Invano si opporrebbe l'interesse della donna maritata; l'interesse particolare cede dinanzi all'interesse generale, e le leggi che regolano lo stato delle persone sono d'ordine pubblico.

179. Vi sono altre decisioni che sembrano in contraddizione col nostro principio. La dottrina e la giurisprudenza ammettono che, per sapere se la donna maritata prima dell'impero del codice civile possa alienare i suoi beni dotali, bisogna consultare l'antico diritto, il diritto ch'era in vigore all'epoca del contratto di matrimonio. Egualmente è stato deciso che la donna maritata, incapace di alienare i suoi immobili prima del codice, in virtù delle convenzioni matrimoniali, è rimasta incapace. La contraddizione non è che apparente. In entrambi i casi non si tratta dello stato della donna maritata, nè della capacità od incapacità che ne risulta; si tratta di sapere se le convenzioni da lei stipulate anteriormente al codice sono regolate dall'antico diritto o dal nuovo, e siffatta quistione è di diritto patrimoniale e non di stato personale. Noi ritorneremo sull'argomento trattando dei diritti patrimoniali.

180. Il divorzio, che scioglie il matrimonio, è d'ordine pubblico, poichè è per considerazioni morali o religiose che il legislatore si decide ad ammetterlo o a respingerlo. Non può essere quistione di un diritto delle persone maritate alla indissolubilità od alla soluzione della loro unione, poichè, se questa è dissolubile o indissolubile, gli è perchè il legislatore ha deciso così per ragioni indipendenti dalla volontà dei coniugi, e ciò che il legislatore ha fatto può esser da lui disfatto, quando parla in nome dell'interesse generale. Sino alla Rivoluzione il matrimonio era indissolubile in virtù del diritto canonico che, su questo punto, aveva forza di legge.

Una legge del 20 dicembre 1792 introdusse il divorzio; essa dichiarò che i coniugi maritati sotto l'antico diritto godrebbero della facoltà di divorziare. Dal punto di vista del legislatore rivoluzionario, la facoltà del divorzio, come lo dice la prefazione della legge, risulta dalla libertà individuale, la quale non permette un vincolo indissoludile. Concedere ai coniugi il diritto di divorziare era dunque restituir loro una facoltà che l'antica

(1) Vedi le decisioni citate in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 291.

legislazione aveva avuto torto di togliere. In applicazione di questo principio, la Corte di Torino ha deciso che una donna poteva domandare il divorzio in virtù del codice civile, quantunque la causa, la condanna del marito ad una pena infamante, fosse anteriore al codice.

Il legislatore del 1792 e la Corte di Torino han fatto una giusta applicazione dei principii, poichè le leggi sul divorzio sono necessariamente retroattive, essendo d'ordine pubblico. Non bisogna adunque dire, come ha detto taluno, ch'esse retroagiscono per la ragione che son fatte nell'interesse dei coniugi e per la loro maggiore felicità (1). In materia di stato, il legislatore retroagisce, anche se ledesse gli interessi privati. È evidente che il legislatore rivoluzionario ferì le coscienze cattoliche ammettendo il divorzio. Per contrario, la legge che l'abolì in Francia, dopo la Restaurazione, ferì la coscienza di tutti quelli che non erano cattolici. Gli uni non potevano più degli altri dolersi che si toglieva loro un diritto. Il legislatore è collocato al di sopra delle credenze religiose o filosofiche; egli non è tenuto a rispettarle quando sono in opposizione con l'interesse della società.

181. Si domanda se, poggiandosi sull'interesse generale, egli potrebbe annullare i divorzi pronunziati ed eseguiti. Il legislatore del 1792 lo ha fatto per le separazioni personali; egli ha permesso ai coniugi separati personalmente per sentenza eseguita o in ultima istanza di far pronunciare il loro divorzio. Una legge che abolisse il divorzio potrebbe autorizzare i coniugi divorziati a cambiare il divorzio in separazione personale? Ciò sarebbe naturalmente per dare soddisfazione agli scrupoli religiosi di quello fra i coniugi le cui credenze respingessero il divorzio. Noi crediamo che vi ha luogo ad applicare il principio che il legislatore deve rispettare gli atti compiuti in virtù della legge, ancorchè esso non li approvasse. Il divorzio scioglie definitivamente il matrimonio, e sarebbe una cosa poco morale forzare uno dei coniugi divorziati a rientrare nei vincoli matrimoniali. Si concepisce che la legge del 1792 abbia permesso a coniugi separati di persona di chiedere il divorzio; essa scioglieva un legame già rallentato. Ma non si concepisce che coniugi, i quali han cessato di esserlo, lo ridivengano loro malgrado.

N. 3 - Età minore.

182. La età minore, la maggiore età, la patria potestà, la tutela, l'interdizione, determinano lo stato delle persone, la capacità od incapacità che ne risulta: son dunque d'ordine pubblico e, come tali, necessariamente retroattive. Non v'è da preoc-

(1) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, p. 221.

cuparsi, come qualche volta fa lo stesso Merlin (1), se la legge nuova migliora la condizione d'un incapace, o se rende peggiore la condizione di colui ch'essa colpisce d'incapacità. Non è perchè migliora la condizione delle persone che la legge nuova deve ricevere la sua applicazione al passato; è perchè lo stato delle persone non costituisce un diritto per colui che ne gode: la legge il concede per ragioni d'interesse generale; che importa che, dal punto di vista degl'interessi privati, renda la condizione delle persone più o meno vantaggiosa? L'interesse privato non è ascoltato quando parla l'interesse generale.

183. Il codice fissa la maggiore età a ventun anni. Per il solo effetto della nuova legge, coloro che, in virtù del diritto antico, erano ancora minori son divenuti maggiori. La Corte di Nîmes ha fatto una giustissima applicazione di questo principio ad un legato, il quale non poteva essere conseguito che all'età maggiore del legatario. Secondo il diritto antico, sotto l'impero del quale il testatore aveva disposto, l'età maggiore era fissata a venticinque anni: il codice la fissò a ventun anni. Il legatario ha potuto esigere il suo legato dal momento che aveva raggiunto quest'età (2).

184. Il minore normandese diveniva maggiore a venti anni; la legge del 20 settembre 1792 fissò la maggiore età a ventun anni. È evidente anzitutto che il minore che non aveva raggiunta l'età di venti anni non è divenuto maggiore che a ventun anni, conformemente al codice civile. Ma colui che aveva raggiunti i venti anni al momento della pubblicazione del codice è ridivenuto minore? La quistione è sembrata un istante dubbia; per deciderla, si è fatto valere l'interesse rettamente inteso del maggiore di venti anni: gli si è detto che aveva torto a lagnarsi che si rendeva la sua condizione peggiore, che in realtà la si migliorava, poichè il legislatore, procrastinando l'epoca della maggiore età, riconosceva con ciò stesso che coloro i quali non eran che di venti anni non avevano la capacità necessaria per governare la loro persona e i loro beni. Questo motivo può avere influito sulla decisione del legislatore, ed esso riceve la sua applicazione per la maggior parte dei minori; ma ve ne sono alcuni i quali potrebbero dire che essi di fatto sono capaci, che per conseguenza la legge lede i loro interessi dichiarandoli incapaci. Ma, ancora una volta, che importa il danno? La quistione è di sapere se lo stato di maggiorenne è un diritto che appartiene a coloro che han raggiunta la maggiore età, nel senso che non può più essere loro tolto. È il legislatore che lo dà loro per ragioni politiche, sociali, economiche; ciò che il legislatore dà può da lui essere tolto. Non vi sono che interessi in causa: ora, quando l'inte-

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, art. 8, n. 1.
(2) Sentenza del 19 frimaio anno VI (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 239).

resse privato è in collisione con l'interesse generale, è questo che prevale.

La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi (1). È certo che il legislatore potrebbe decidere il contrario. Ma quando egli tace, il giudice deve ammettere che la legge abbia voluto o meno retroagire? Delisle risponde che difficilmente si ammetterà che il legislatore abbia voluto rimettere sotto tutela persone maggiorenni d'età secondo l'antica legge (2). Noi pensiamo piuttosto che il giudice deve credere che la legge ha voluto regolare il passato, poichè tale è la regola generale per tutte le leggi d'ordine pubblico. Occorrerebbe una manifestazione espressa della volontà del legislatore, perchè si potesse ammettere ch'egli ha voluto consacrare un'eccezione.

185. Il codice protrae l'età in cui il minore può essere emancipato dalla tutela. Si domanda se il minore, emancipato al momento della pubblicazione della legge nuova, ricade sotto la tutela. Se l'emancipazione ha avuto luogo per un fatto del minore o del tutore, bisogna applicare il principio che la legge rispetta gli atti compiuti in virtù delle sue disposizioni; poco importa che il codice conservi o no questo modo d'emancipazione. Se, al contrario, l'emancipazione fosse l'effetto della legge, il legislatore può modificare lo stato da lui creato, e il giudice, nel silenzio della legge, deve applicarla in questo senso. Così, nei paesi di diritto scritto, i minori divenivano *sui juris* solo perchè avevano raggiunto il dodicesimo o quattordicesimo anno. Il codice non emancipa più i minori di pieno diritto. Ne risulta che i minori dei paesi di diritto scritto sono ricaduti sotto tutela. La giurisprudenza, dopo avere esitato un istante, si è fissata in questo senso. Ma quale è la vera ragione di decidere così? Si dice che il minore è rimesso sotto tutela pel suo stesso vantaggio. « L'abuso che egli ha fatto della sua capacità, dice Chabot, ha provato che bisogna procrastinare il termine, nel suo proprio interesse (3). Dalloz conviene in questo senso. Ma non si può rispondere con la Corte d'Aix che la legge nuova cagiona un pregiudizio ai minori di già emancipati? Essi godevano dei loro beni, avevano il diritto di fare alcuni atti con l'assistenza d'un curatore: la legge nuova altera il loro stato. Egli è certo ch'essa ha recato pregiudizio ad alcuni minori. Non è dunque il danno nè il vantaggio che si deve invocare per decidere che la legge deve regolare il passato. Merlin ci dà la vera ragione di decidere in questo senso, l'ordine pubblico, contro il quale i minori non hanno che un interesse privato da invocare. Se la decisione è differente allorquando il minore si è maritato, o è stato emancipato da suo

(1) Vedi gli autori e le sentenze citate da DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 239.
(2) DELISLE, *Principes de l'interprétation des lois*.
(3) CHABOT, *Questions transitoires*, alla parola *Autorisation maritale*, § 1 (t. I, p. 39).

padre o da sua madre, gli è che in questo caso vi è un atto compiuto in virtù della legge antica, atto che il legislatore rispetta. Lo stato di minore emancipato non forma un diritto più nell'una che nell'altra ipotesi; ma nell'ultima vi è un motivo pel legislatore di non regolare il passato, motivo che non esiste nella prima (1).

186. È sottinteso che gli atti compiuti dal maggiore che ridiviene minore, o dal minore emancipato che ricade sotto tutela, restano validi, e ne abbiamo testè detta la ragione (2): si tratta, non d'una quistione di stato, ma di diritti patrimoniali.

187. Nell'antico diritto la madre non aveva la patria potestà; il codice restituisce alla madre un potere di protezione che la natura stessa le ha dato come lo ha dato al padre. Al momento della pubblicazione del codice vi erano dunque dei figli minori sotto tutela, non avendo la madre vedova la patria potestà. La Corte d'Agen ha benissimo deciso che la madre ha preso di pieno diritto l'esercizio della potestà che la legge le conferisce, ma per conseguenza la tutela conferita sotto la legge antica cessa immediatamente. Quistione d'ordine pubblico, dice la Corte. La legge nuova deve regolare il passato, perchè essa restituisce alla madre un'autorità che il legislatore aveva avuto torto di toglierle. Si concepirebbe che sotto l'impero d'un codice che dà alla madre il diritto, per meglio dire, il dovere di protezione, vi sieno delle madri estranee in qualche modo ai loro figli? (3).

188. Nei paesi di diritto scritto il padre conservava la patria-potestà sopra i suoi figli maggiori sino alla loro emancipazione, ed aveva sui loro beni un diritto d'usufrutto il quale non si spegneva che con la sua potestà. Il codice ha affrancato i maggiori dall'autorità paterna e in conseguenza ha fatto cessare l'usufrutto legale del padre. Non vi potrebbe essere dubbio su questo punto: l'usufrutto è un effetto della patria potestà; l'effetto non può sussistere allorchè la causa cessa. Invano si dice che l'usufrutto era nel dominio del padre, e che la legge non può togliergli un diritto acquisito. Si risponde che il padre non è usufruttuario per lo stesso titolo ch'è proprietario. Il suo godimento è un vantaggio che la legge annette all'esercizio della patria potestà, e non può dunque esistere che finchè la potestà dura; ora, appartiene al legislatore regolare, anche per il passato, la durata della patria-potestà, poichè essa è d'ordine pubblico. La giurisprudenza e la dottrina son d'accordo per decidere in questo senso (4).

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, sez. III, § 2, art. 7, n. 2. Vedi la giurisprudenza in DALLOZ, alla parola *Loi*, n. 240.
(2) Vedi più sopra, n. 179.
(3) Vedi la giurisprudenza in MERLIN, alla parola *Effet rétroactif*, sezione III, § 2, art. 8, n. 3.
(4) Vedi le citazioni in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 237.

189. L'usufrutto legale del padre dà luogo ad un'altra quistione sulla quale vi è qualche dubbio. Le nostre antiche consuetudini dicevano: « Non ha luogo patria potestà »; per conseguenza il padre non aveva alcun diritto di godimento sui beni dei figli minori: i frutti erano percepiti a loro profitto. Il codice ha certamente sottoposti alla potestà i figli che, al momento della sua pubblicazione, non avevano raggiunto l'età di anni ventuno. Ma, accordando la potestà ai padri, ha pur dato loro l'usufrutto legale? Vi sono delle sentenze pro e contro. Il motivo di dubitare è che la legge, accordando l'usufrutto al padre, priva il figlio d'un godimento che era certo nel suo dominio, cioè l'esercizio del diritto di proprietà. Non è questo attentare ad un diritto acquisito? Noi crediamo che il legislatore potrebbe gravare i beni dei figli d'un usufrutto a profitto del padre, come può del pari stabilire un'ipoteca legale sui beni del tutore e del marito; egli non priva dei loro beni coloro che ha gravato d'un diritto reale, non gli espropria, ma solamente modifica l'esercizio della proprietà. Se lo può per i figli nascituri, perchè nol potrebbe per i figli di già nati? Ma la difficoltà è di sapere se, nel silenzio del codice, il giudice può farne l'applicazione al passato. Ciò è dubbio; egli nol potrebbe che fondandosi sulla volontà tacita del legislatore. La quistione dunque si riduce a questo: Vi è una ragione d'interesse generale che debba indurre il legislatore a retroagire? Se l'usufrutto fosse d'ordine pubblico, non vi sarebbe quistione; ma egli è certo che il godimento legale non è d'ordine pubblico, poichè il codice permette di derogarvi (cod. civ., articoli 387, 386). Merlin dice che è il salario retribuito al padre amministratore, ma non è esatto, poichè il padre naturale è amministratore e non usufruttuario. Se fosse un salario, si concepirebbe che il donante e il testatore ne privassero il padre? Gli è dunque un vantaggio, un favore del tutto gratuito. Nondimeno noi crediamo che, nel dubbio, il giudice debba presumere che il legislatore ha voluto accordare questo favore a tutti coloro che esercitano la patria potestà; se l'accorda agli uni, perchè lo rifiuterebbe agli altri? Vi ha di più: s'egli lo rifiutasse al padre sopra i beni dei suoi figli nati al momento della pubblicazione del codice, e se sopravvenissero in seguito dei figli al padre, questi avrebbe l'usufrutto dei beni dei figli sopravvenuti, mentre non l'avrebbe sui beni degli altri figli. Vi sarebbe in ciò un'anomalia che non può essere nel pensiero del legislatore. Tale è anche l'opinione generalmente seguita dagli autori e dalla giurisprudenza (1).

190. Una quistione più dubbia ancora è quella della prova della paternità. Le prove sono mutate. È il codice civile che bisogna applicare ai figli nati sotto l'impero del diritto antico? Quando si tratta di figli legittimi, noi crediamo, con Merlin,

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, n. 2, art. 8 n. 4; DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 238.

che la legge nuova non sia retroattiva. Il modo di prova si determina, per principio, dalla legge antica, perchè è questa legge che le parti interessate debbono seguire; e s'esse si sono conformate alla legge, debbono anche godere i suoi benefici. Si può applicare qui per analogia quel che abbiamo detto della prova del matrimonio (1).

La quistione è più difficile per i figli naturali. Se il figlio è stato riconosciuto dal padre e dalla madre, e se domanda di dar la prova di questo riconoscimento, è ancora il diritto antico che bisogna applicare, in virtù del principio che noi abbiamo menzionato. Se si tratta del riconoscimento forzato, è la legge nuova che deve ricevere la sua applicazione. Per la ricerca della paternità, ciò non è menomamente dubbio; il codice la proibisce in modo assoluto (art. 340) per motivi d'ordine pubblico che esporremo appresso. È lo stesso della ricerca della maternità? Il codice l'ammette, ma subordinandola a condizioni più rigorose che quelle dell'antico diritto. Merlin sostiene contro Meyer che il figlio naturale può giovarsi della legge antica. Noi crediamo che il giureconsulto olandese abbia ragione, quantunque non adottiamo i motivi della sua opinione, motivi che Merlin ha confutati. Merlin applica ai figli naturali gli stessi principii che ai figli legittimi, e qui, ci sembra, sta l'errore. Il padre legittimo ha obbedito alla legge antica, constatando la figliazione della sua prole, mentre la madre naturale, per ipotesi, non ha riconosciuto il suo figlio, e non vuole riconoscerlo. Non si può dunque dire che la madre e il figlio si sieno conformati alla legge antica; non vi è nulla di compiuto in virtù della legge antica; perchè dunque essa regolerebbe la prova? Vi è, dice Merlin, il fatto della maternità che obbliga la madre a nudrire e ad allevare il figlio; in conseguenza il figlio ha un'azione verso la madre sin dalla sua nascita; la legge non può togliergli questo diritto. Noi rispondiamo che non glielo toglie punto; se ha ricercato sua madre, il riconoscimento forzato sussiste, come sussisterebbe a riguardo del padre, quantunque il codice vieti la ricerca della paternità. Ma si può dire che il figlio ha acquistato questo diritto, quando non ne ha usato? Egli può ancora esercitarlo sotto il codice, ma osservando la legge nuova. Questa legge deve regolare il passato, perchè è d'interesse pubblico. Essa ha voluto guarentire la madre contro una ricerca poggiata su false testimonianze, e permetterebbe una prova che dichiara dannosa, che respinge, ad un figlio naturale, perchè è nato prima della pubblicazione del codice! Per la sua stessa natura la legge nuova deve regolare il passato al pari della legge che vieta la ricerca della paternità. Noi dobbiamo però soggiungere che rimase solo Meyer con il suo parere, gli autori essendosi tutti schierati per l'avviso

---

(1) Vedi retro, n. 174.

di Merlin. Anche la giurisprudenza si pronunzia in questo senso (1).

191. Nell'antico diritto i prodighi erano interdetti e sottoposti all'autorità d'un curatore; per conseguenza perdevano la disposizione dei loro beni. Il codice civile non permette più di interdirli; il tribunale nomina loro un consulente, senza l'assistenza del quale non possono fare atti di alienazione; essi conservano adunque l'amministrazione dei loro beni (codice civile, art. 513). Al momento della pubblicazione della nuova legge vi era un gran numero di prodighi interdetti. Quale veniva ad essere il loro stato sotto l'impero del codice? Una prima cosa è certa, cioè ch'essi potevano domandare la revoca dell'interdizione, salvo ai parenti il provocare la nomina d'un consulente giudiziario. La nuova legge concernente lo stato delle persone doveva per ciò stesso regolare il passato, nel senso che i prodighi interdetti riacquistavano la loro capacità: non può esservi interdizione per causa di prodigalità sotto un codice che non l'ammette più.

Su questo punto tutti sono d'accordo. Noi diciamo che appartiene ai parenti il provocare la nomina d'un consulente giudiziario. Qui comincia già una divergenza d'opinioni. Merlin insegna, ed è stato deciso in questo senso, che il tribunale adito per revocare la interdizione, può, col medesimo giudizio che la pronunzia, proibire al prodigo d'alienare i suoi beni senza l'assistenza d'un consulente (2). Noi non comprendiamo come il giudice possa statuire sopra una quistione che non gli è stata sottoposta. Il prodigo interdetto non gli domanda la nomina di un consulente; egli non ne ha dunque il diritto, e il pubblico ministero neppure; il tribunale non è adito che per una domanda di rivocazione, e quindi esso non può far altro che togliere l'interdizione. È vero che l'art. 499 del codice gli permette, rigettando la domanda d'interdizione, di nominare un consulente giudiziario al prodigo, ma in questo caso esso è di fronte a una domanda che ha per iscopo d'interdire una persona per causa di demenza; potendo metterla sotto tutela è naturale che possa metterla semplicemente sotto consiglio, mentre se il prodigo interdetto gli domanda la rivocazione dell'interdizione, esso non è autorizzato da alcuna azione a prendere delle misure in suo favore.

Si è sostenuto, ed è stato anche giudicato in questo senso, che l'interdizione dei prodighi fosse tolta di pieno diritto dal codice. V'ha di più: la Corte di cassazione ha deciso che di pieno diritto anche la curatela fosse trasformata in consiglio

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, art. 8, n. 3, e gli autori citati in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 232, come pure le decisioni.

(2) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Prodigue*, § 1, t. XII, p. 149 dell'ediz. in-8. Sentenza di Rennes, 14 giugno 1819 (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 241, t. XXX, p. 115).

giudiziario (1). La sentenza è stata emanata contrariamente alle conclusioni di Merlin; l'opinione ch'essa consacra, quantunque sia stata approvata da Meyer (2), giureconsulto eminente, è inammissibile. Ciò che ha ingannato la Corte è che il legislatore avrebbe potuto dichiarare che l'interdizione era tolta, e il curatore assumerebbe le funzioni di consulente giudiziario. Egli ha fatto più che questo abolendo i voti monastici: la legge del 13 febbraio 1790 ha disciolto di pieno diritto tutti i voti pronunziati anteriormente; essa ha dunque fatto rivivere degli individui che erano morti legalmente, in virtù d'un atto di loro volontà, e conformandosi al diritto pubblico dell'antico regime. Del pari, la legge dell'8 maggio 1816, che abolisce il divorzio in Francia, ha decretato che le sentenze non eseguite, le quali avessero pronunziato il divorzio, sarebbero ristrette agli effetti della separazione. Il diritto del legislatore è incontestabile. Ma il giudice ha il medesimo potere? Tale è la vera difficoltà.

È verissimo, come dice la Corte di cassazione, che le leggi le quali modificano lo stato delle persone debbono ricevere la loro applicazione dal giorno in cui sono pubblicate. È in virtù di questo principio che noi abbiamo stabilito che il minore diviene maggiore, e che il maggiore ritorna minore, di pieno diritto, in virtù della nuova legge. In questi casi non vi è alcun inconveniente che la legge regoli il passato immediatamente. Ma non è lo stesso quando si tratta di togliere l'interdizione. Vi è una sentenza che constata la prodigalità, che prescrive delle misure in favore del prodigo e della sua famiglia. Se il giudice decidesse che l'interdizione è stata tolta di pieno diritto dal codice, che ne avverrebbe? Che individui riconosciuti incapaci per sentenza diverrebbero tosto capaci: funesta capacità, poichè li condurrebbe alla loro rovina.

No, il giudice non può decidere così; egli nol potrebbe se non nel caso che tale fosse la volontà del legislatore; e come supporre in questo una imprevidenza così imperdonabile? Si dirà che, seguendo il nostro parere, il pericolo esiste egualmente, poichè il tribunale deve pronunziare la rivocazione dell'interdizione, se il prodigo la domanda? Il pericolo non esiste che in teoria; di fatto, i parenti, informati della domanda di rivocazione, si affretterebbero a provocare la nomina d'un consulente.

La Corte di cassazione ha immaginato un mezzo più energico per prevenire il pericolo che noi segnaliamo; ma il giudice può trasformare l'interdizione in Consiglio giudiziario? fare d'un *curatore* che *amministra* un *consulente* che *assiste?* Il legislatore lo può, il giudice nol può; questi non può che

(1) Sentenze del 20 maggio 1806 e del 6 giugno 1810 (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 241). Vedi, nello stesso senso, la sentenza della Corte di Montpellier del 1.° luglio 1840 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1843, 2, 117).

(2) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 52.

ciò che vuole la legge, e qui la volontà non dev'essere tacita, ma dev'essere espressa, poichè non si tratta solamente di modificare uno stato, si tratta d'annullare giudizii o di snaturarli. Nel silenzio della legge, il giudice non può decidere quel che il legislatore avrebbe dovuto fare; ciò sarebbe fare la legge, mentre la sua missione si limita ad applicarla. Chabot dice che la decisione della Corte di cassazione che noi critichiamo non fu pronunciata che dopo una viva discussione; noi ci schieriamo con lui per l'avviso della minoranza (1).

SEZIONE III. — *Dei diritti patrimoniali.*

§ 1. — *Principio.*

192. In materia di diritti patrimoniali gli autori e la giurisprudenza seguono come principio che il legislatore e il giudice debbono rispettare i *diritti acquisiti*. Merlin definisce i *diritti acquisiti* quelli che sono entrati nel nostro dominio, che ne fanno parte, e che non possono più esserci tolti da colui dal quale noi li ripetiamo. Esso cita come esempii i diritti che derivano immediatamente da un contratto, quelli che ha conferiti un testamento il cui autore è defunto, quelli che si trovano in una successione aperta, e di cui ci ha investiti la legge in vigore al momento della sua apertura (2). Risulta da ciò che il legislatore può regolare il passato, dal momento che non toglie un diritto che è nel dominio dei cittadini; dacchè esso il può, s'inferisce ch'esso lo ha voluto, e in conseguenza il giudice può applicare la legge anche al passato senza che lo si possa rimproverare di farla retroagire. In questa dottrina il principio della non-retroattività significa semplicemente che il legislatore e il giudice non possono spogliare gl'individui dei *diritti* che si chiamano *acquisiti*.

Noi crediamo che questa dottrina restringa in limiti troppo angusti la regola posta dall'art. 2 del codice, che la legge non dispone che per l'avvenire. La non-retroattività, a nostro avviso, ha una portata più estesa, anche in quanto riguarda il legislatore; quanto al giudice, noi non crediamo ch'esso possa fare tutto ciò che può il potere legislativo.

193. Quando un diritto è nel nostro dominio è certo che il legislatore stesso non può togliercelo. L'inviolabilità della proprietà è guarentita dalla nostra costituzione; la legge che privasse un individuo d'un bene qualunque che fa parte della sua proprietà sarebbe incostituzionale, essa violerebbe l'art. 11 del nostro patto fondamentale. In questo senso e in questi limiti, la non-retroattività è un principio costituzionale che lega

---

(1) CHABOT, *Questions transitoires*, alla parola *Prodigue*, § I (t. III, p. 3 e seg.).
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 1, n. 3.

il potere legislativo e, a maggior ragione, il potere giudiziario. L'applicazione del principio ne farà comprendere la portata. Non v'ha difficoltà quando non v'ha un interesse sociale in causa. Due sposi, sotto l'antico diritto, si son fatta una donazione mutua che hanno stipulata come irrevocabile. Il codice civile dichiara essenzialmente revocabili le liberalità che il marito e la moglie si fanno (art. 1097). Questa disposizione avrà per effetto di revocare le donazioni anteriori? È fuor di dubbio che il giudice non può revocare degli atti irrevocabili; ora la donazione fa entrare la cosa donata nel patrimonio del donatario, essa genera adunque un diritto acquisito (1). Il legislatore stesso deve rispettare queste donazioni; esso non potrebbe dichiarare revocabili atti che le parti contraenti hanno stipulato irrevocabili; ciò sarebbe togliere ai donatarii i beni che sono nel loro dominio.

194. La quistione diviene più difficile quando la legge nuova è d'interesse generale. Non devesi affermare che queste leggi regolano necessariamente il passato, in materia di diritti patrimoniali come in materia di stato personale? No, quando il legislatore regola lo stato delle persone, esso non è mai in presenza d'un diritto acquisito; gli individui non possono opporgli che il loro interesse; ora, l'interesse sociale domina l'interesse individuale. Non è lo stesso dei diritti di proprietà; dal momento ch'essi sono entrati nel nostro dominio, il potere legislativo stesso non può toglierceli, fosse anche in nome dell'interesse generale; non v'ha interesse, per grande che sia, che possa prevalere ad un diritto. Noi abbiamo posto il principio più sopra (2); eccone un'applicazione.

La legge del 3 settembre 1807 fissa l'interesse convenzionale al cinque per cento in materia civile e al sei per cento in materia commerciale, derogando al codice Napoleone che permetteva alle parti contraenti di stipulare l'interesse ch'esse volevano. Quale doveva essere la sorte dei contratti stipulati prima della pubblicazione del codice? L'interesse convenzionale forma un diritto acquisito, poichè il diritto è nel dominio del creditore; quindi il legislatore deve rispettarlo. Questo è ciò che ha fatto la legge del 1807. Essa porta « che nulla è innovato alle stipulazioni d'interessi per contratto od altri atti compiuti sino al giorno della pubblicazione della legge ». È questa una semplice disposizione di favore? No, l'oratore del governo ha dichiarato in termini formali che ciò è una applicazione del principio della non-retroattività. Duvergier lo contesta, e sostiene che il legislatore avrebbe potuto ridurre l'interesse stipulato sotto l'impero del codice al tasso fissato dalla legge del 1807, senza retroattività, poichè, egli dice, la legge del 1807 è stata emanata in nome della pubblica morale e dell'interesse generale;

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § III, art. 3, n. 2.
(2) Vedi retro, n. 153, 161 e 162.

ora, le leggi d'ordine pubblico sono sempre retroattive (1). Ciò è vero quando non si tratta che di *interessi;* non è vero quando si tratta di *diritti* acquisiti. La legge del 1807 è dunque conforme ai veri principii. Questa è l'opinione di Merlin (2).

È vero che una legge romana ha deciso la quistione in senso contrario. Giustiniano, riducendo gl'interessi a un tasso fisso, statuì che le convenzioni anteriori alla costituzione sarebbero regolate dalla legge nuova (3). Ciò era una violazione del diritto di proprietà: essa non si spiega che per i pregiudizii contro il prestito a interesse che dominavano il legislatore cristiano. La legge consacrò una vera espropriazione per causa di religione. Questo eccesso di potere si concepisce sotto il regime d'un Cesare; esso è fortunatamente impossibile sotto un regime di libertà.

195. Come si può sapere se un diritto è acquisito? Bisogna distinguere i diritti che nascono dai contratti e quelli che derivano dall'eredità *ab intestato* o testamentaria. In materia di successione il diritto non è acquisito che dal momento dell'apertura; sino allora l'erede presuntivo e il legatario non hanno che una speranza, che gli uni qualificano d'aspettazione, gli altri d'aspettativa; in tutti i casi è un diritto essenzialmente revocabile, vale a dire che non è un diritto. Donde segue che una legge nuova può togliere questo diritto o modificarlo, senza che si possa accusarla di retroattività. Sarebbe altrimenti se l'eredità fosse contrattuale; l'erede istituito per contratto di matrimonio ha un diritto all'eredità che non può essergli tolto dall'istitutore. Questo diritto è, per vero, condizionale, poichè è subordinato alla sopravvivenza dell'erede; ma la condizione, come diremo più avanti, non impedisce che il diritto sia *acquisito.*

196. I contratti sono irrevocabili dal momento che sono stipulati; i diritti contrattuali sono dunque essenzialmente diritti *acquisiti.* Vuol dire ch'essi lo siano sempre? che per questo un contratto non possa mai essere modificato da una legge nuova? Qui riappare la nostra distinzione fra il legislatore e il giudice. Il legislatore non è legato che dalla costituzione, la quale gli comanda di rispettare la proprietà. Dunque dal momento che non toglie ai cittadini un diritto di proprietà, esso può, a rigore, regolare il passato e conseguentemente modificare anche i contratti. Ma il legislatore non deve fare tutto ciò che può nei limiti dei suoi poteri costituzionali. La quistione è dunque di sapere quando esso può legittimamente regolare il passato, supponendo che non sia in presenza d'un diritto di proprietà.

Esso lo può quando l'interesse generale lo esige; poichè, dal

---

(1) Duvergier, *Du prêt à intérêt,* n. 309, 310, *Dissertazione sulla non-retroattività della legge.*

(2) Merlin, *Répertoire,* alla parola *Effect rétroactif,* sez. III, § 3, art. 3, n. 7.

(3) L. 27 pr., *C. de usuris* (IV, 32).

momento che gl'individui non hanno da opporgli alcun diritto che sia nel loro dominio, non sono in causa che interessi; e l'interesse sociale domina in questo conflitto. Ma se l'interesse della società non richiede che la legge nuova regoli il passato, che deve fare il legislatore? Esso non deve retroagire, quantunque il possa. Noi rientriamo allora nello spirito che ha dettato l'articolo 2 del codice civile. Noi abbiamo detto che, nell'intenzione degli autori del codice, il principio della non-retroattività s'indirizzava al legislatore come consiglio, come regola di diritto naturale. Infatti, il legislatore non deve turbare gl'interessi particolari senza causa legittima; facendolo, esso si alienerebbe gli animi, che deve, al contrario, cercar di guadagnarsi. Quale ragione potrebbe avere per ferire interessi privati retroagendo, allorchè l'interesse sociale non l'esige? Si dirà che la legge nuova è supposta migliore dell'antica, e che importa che i progressi realizzati dalla legislazione penetrino nella società? Noi rispondiamo che il miglior mezzo per diffondere le idee nuove si è di vegliare a che esse non offendano gl'interessi dei cittadini. Che il legislatore si contenti di disporre per l'avvenire, senza toccare il passato! Il progresso si farà più lentamente, è vero, ma anche più sicuramente. Si dirà che ne risulterà una disarmonia nell'applicazione delle leggi, poichè un solo e medesimo fatto giuridico sarà regolato, ora dalla legge antica, ora dalla legge nuova. Non è un male questo difetto d'unità? No, poichè, non dimentichiamolo, noi siamo in presenza di relazioni contrattuali; ora, in questa materia, il legislatore lascia ai cittadini la più grande libertà; esso permette loro di derogare alle sue disposizioni; esso non vuole adunque l'uniformità nei contratti, e non deve volerla; ciò sarebbe imporre un vincolo alle parti contraenti, mentre la libertà è una condizione di vita. È vero che vi sono, per eccezione, delle leggi sui contratti, alle quali le parti non possono derogare. Ciò avviene quando v'ha un interesse generale in causa. Allora il legislatore può retroagire, a meno che non sia in presenza d'un diritto di proprietà.

197. Ora che sappiamo ciò che il legislatore può e ciò ch'esso deve fare, ci sarà più facile di decidere in quali casi il giudice può fare retroagire una legge. Qual'è la missione del giudice? Esso applica la legge, vale a dire ch'esso fa ciò che il legislatore vuole che faccia; esso deve dunque sempre seguire la volontà del legislatore. Si supponga che la legge non retroagisca espressamente. Il legislatore non avendo manifestata la sua volontà, come saprà il giudice ciò ch'esso ha voluto? Esso esaminerà anzitutto se vi è un diritto acquisito, che il potere legislativo stesso deve rispettare; già s'intende che il giudice non può toglierlo, applicando la legge al passato. Ma se non v'ha diritto acquisito, il giudice potrà applicare la legge al passato senza retroattività? Si risponde ordinariamente ch'esso lo può perchè lo può il legislatore. Ci sembra che la questione sia mal posta;

il giudice non deve esaminare ciò che il legislatore *può*, ma ciò che *vuole*, poichè il legislatore non vuole tutto ciò che può, ed è la volontà del legislatore che sola fa legge per il giudice. La quistione è adunque questa: quando, nel silenzio della legge, il giudice può ammettere che il legislatore ha voluto regolare il passato?

Noi abbiamo più sopra risposto alla quistione. Se la legge nuova è d'interesse generale, il giudice deve applicarla al passato, perchè deve credere che l'intenzione del legislatore è di far prevalere l'interesse generale sull'interesse individuale. Per vero, il legislatore non lo fa sempre, gli accade di disporre solamente per l'avvenire, quando l'interesse generale gli permetterebbe di regolare il passato; esso lo fa per non offendere troppi interessi; ma questa è un'eccezione, e le eccezioni non si presumono; fa d'uopo, perchè esse esistano, che il legislatore abbia formalmente dichiarata la sua volontà. Il giudice non può dunque supporre che il legislatore abbia sacrificato l'interesse generale ad interessi privati; dal momento che la legge è d'interesse generale, esso l'applicherà al passato, perchè tale è la volontà tacita del legislatore.

Se la legge nuova non è d'interesse generale, il giudice può applicarla al passato, fondandosi sul motivo che il legislatore avrebbe *potuto* retroagire, perchè, come supponiamo, non vi sono diritti acquisiti? Noi nol crediamo. Il giudice, lo ripetiamo, non ha da investigare ciò che il legislatore *può*, ma ciò che *vuole*. Ora, quando non v'ha interesse generale in causa, il legislatore deve limitarsi a disporre per l'avvenire; il giudice non può dunque credere ch'esso abbia voluto regolare il passato. E se il legislatore non ha voluto retroagire, il giudice non lo può certo, perchè esso è legato dall'art. 2 del codice, che gli proibisce d'applicare la legge in modo da farla retroagire.

Quando la legge nuova concerne i contratti, vi ha una ragione particolare per non applicarla al passato. È raro che l'interesse generale sia in causa nelle relazioni che sono essenzialmente d'interesse privato; avverrà dunque raramente che il legislatore voglia modificare delle relazioni contrattuali. Se non lo ha fatto espressamente, il giudice non deve ammettere la volontà tacita che allorquando l'interesse generale è evidente; esso non ammetterà facilmente che vi sia un interesse generale che comanda la retroattività. Infatti, in materia di contratti, il legislatore non impone alcuna regola alle parti contraenti, esso non fa che presupporre le loro intenzioni e permette loro di avere delle intenzioni contrarie a quelle da lui supposte. Ma se le parti interessate possono derogare alla legge per l'avvenire, perchè il legislatore non permetterebbe loro di derogarvi pel passato, nel senso ch'esso mantenga i contratti tali quali le parti li han fatti, quando anche le loro convenzioni fossero in opposizione con la legge nuova? Dopo tutto, il legislatore può

ben supporre ciò che i contraenti *vorranno* sotto l'impero della legge nuova; esso non può supporre ciò che le medesime *han voluto* sotto l'impero della legge antica; per meglio dire, si reputa che le parti abbiano voluto ciò che supponeva la legge che le regolava allorquando esse hanno contrattato; la legge nuova non può dunque far loro dire il contrario di ciò ch'esse hanno voluto dire. Si obbietterà che la legge antica ha male interpretato l'intenzione delle parti contraenti? In fatto di contratti ciò importerebbe poco, poichè, se ciò fosse, le parti avrebbero ben cura di derogare alla legge; se esse non vi hanno derogato, è una prova certa che le loro intenzioni sono quelle che il legislatore ha in esse supposte. E dal momento che la volontà delle parti contraenti è certa, essa dev'essere mantenuta, poichè è realmente la loro volontà che fa la legge e non quella del legislatore.

Noi arriviamo alla nostra conclusione. Si legge in molte sentenze, e gli autori ripetono, che il giudice può, senza violare l'art. 2 del codice civile, applicare una legge al passato, perchè il legislatore *ha potuto* retroagire senza ledere un diritto acquisito. Sì, il legislatore lo *può,* ma il giudice non lo può se non quando il legislatore l'ha *voluto.* E quando il legislatore non ha espressa la sua volontà, il giudice non può applicare la legge al passato che allorquando vi ha un interesse generale che comanda la retroattività; ciò è vero in materia patrimoniale come in materia di stato personale. Fuori di ciò, il giudice non può applicare la legge al passato, quando anche il legislatore avesse potuto retroagire; poichè il giudice è legato dal principio della non-retroattività, è legato dall'art. 2 del codice; esso non può discostarsene se non quando il legislatore ha voluto retroagire; nè si ritiene che il legislatore lo voglia se non quando v'ha un interesse generale che l'esige.

198. I principii generali che noi abbiamo posti presentano qualche difficoltà che dobbiamo esaminare prima di passare alle applicazioni. Un diritto condizionale è esso un diritto acquisito? L'affermativa non incontra alcun dubbio, quando si tratta d'un diritto contrattuale. È vero che il contratto stipulato sotto certe condizioni sospensive non esiste se la condizione non si compie, ma ciò non impedisce che ne risulti un diritto contrattuale finchè la condizione è sospesa; questo diritto è nel dominio del creditore, esso può venderlo, trasmetterlo ai suoi eredi; la legge gli permette di fare tutti gli atti conservativi (codice civ., articoli 1179, 1180). Non così dicasi quando il diritto condizionale nasce da un testamento. Si suppone che il legatario sopravviva al testatore, ma la condizione non è compiuta al momento dell'apertura della successione. Questo diritto condizionale è un diritto acquisito? Il legatario non lo trasmette ai suoi eredi, ecco la ragione che fa dubitare. Bisogna nondimeno decidere che il diritto è acquisito, perchè è irrevocabile quantunque eventuale; esso è dunque nel dominio del legatario. Un

diritto contrattuale può essere anche personalmente proprio del creditore (codice civ., art. 1122); esso non cessa d'essere nel suo dominio.

Il legislatore non ha sempre rispettato questo principio. In odio alle sostituzioni la legge del 14 novembre 1792 annullò le condizioni ancora pendenti, sotto le quali individui già nati erano stati nominati sostituiti da testamenti i cui autori erano defunti. Dopo il colpo di Stato del 18 brumajo si domandò l'abrogazione di queste disposizioni. Si rispose ai petenti, dice Merlin, che la ragione civile doveva cedere alla ragione politica; che l'interesse generale dello Stato, il quale deve sempre predominare nello spirito del legislatore, dovea far tacere tutti gl'interessi particolari (1). Cattivi sofismi che han condotto la Francia, da colpo di Stato in colpo di Stato, alla rovina d'ogni libertà, sotto il pretesto della salute pubblica, e che annienterebbero i diritti civili al pari dei diritti politici. Sì, l'interesse generale deve dominare sull'*interesse* privato, ma non sui *diritti* dei cittadini. Ora, un diritto condizionale è nel dominio di colui al quale appartiene; è dunque una proprietà, e i cittadini non possono esserne espropriati dal legislatore. Sotto l'impero della nostra costituzione la disposizione retroattiva della legge del 1792 sarebbe impossibile, perchè essa sarebbe incostituzionale.

199. Merlin aggiunge che i diritti *facoltativi* non sono diritti *acquisiti*. Egli dà il nome di diritti *facoltativi* ad alcune facoltà accordate dalla legge; esse non divengono diritti che allorquando sono state esercitate e quando, per l'esercizio che n'è stato fatto, la cosa che n'è l'oggetto è divenuta nostra proprietà (2). Ciò è evidente quando le facoltà sono un dono del legislatore, ma quando esse risultano da un contratto, allora prendono il carattere di diritti contrattuali; poco importa che le abbiano stipulate le parti o le abbia stabilite la legge, poichè nei contratti si sottintende ciò ch'è stato detto dal legislatore: la facoltà legale diviene una facoltà convenzionale. Sia stata essa esercitata o meno sotto l'impero della legge antica, una legge nuova non può spogliarne le parti contraenti. Il contratto deve ricevere tutti gli effetti che le parti hanno avuto in vista, fossero eventuali, fossero facoltativi. Invano si direbbe che non v'ha diritto acquisito precedentemente all'esercizio della facoltà; in materia di convenzioni, il legislatore, il giudice debbono rispettare non solamente i diritti acquisiti, ma tutto ciò che i contraenti han voluto.

200. In applicazione di questo principio, la Corte di cassazione ha deciso che il fideiussore, il quale si è obbligato sotto l'antico diritto, e che paga sotto il codice civile, non subentra di pieno diritto nelle ipoteche del creditore. Il contratto essendo

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, n. 4.
(2) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 1, n. 3.

anteriore al codice, dice la Corte, la causa non può essere giudicata dall'art. 2029, che stabilisce la surrogazione legale a profitto del fideiussore; essa deve esserlo dall'antico diritto, il quale non accordava la surrogazione di pieno diritto al fideiussore. Merlin critica questa sentenza, ed entra a questo proposito in sottilissime considerazioni, che noi riferiremo per mostrare come questo grande giureconsulto si è lasciato traviare da uno spirito scolastico. La Corte di cassazione, egli dice, non ha considerato che l'antica legislazione dava al fideiussore il diritto di costringere il creditore che lo perseguiva a cedergli le sue azioni ricevendone il pagamento. Da ciò egli conclude, con Proudhon, che la legge nuova ha potuto accordare ciò che il fideiussore era già in diritto di ottenere, poichè esso poteva forzare il creditore a cedergli le sue azioni; bisogna dire che, dopo la pubblicazione del codice, questa cessione diviene inutile, tenendone luogo la surrogazione legale. Merlin trova questa osservazione giudiziosissima, e vuole che sia applicata a tutti i casi simili; egli arriva così alla regola che modifica l'irrevocabilità dei contratti. Ma non v'ha retroattività nell'applicazione che si fa di una legge nuova a un contratto anteriore allorquando la legge, sotto la quale il contratto è stato stipulato, offriva alla parte che si prevale della legge nuova un mezzo di procurarsi da sè stessa ciò che questa accorda.

Noi crediamo che la Corte di cassazione ha benissimo giudicato. Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto dichiarare che i fideiussori godrebbero della surrogazione legale, quando anche si fossero obbligati sotto l'antica legge, poichè non si tratta di alcun diritto acquisito. Ma, così facendo, esso avrebbe derogato al principio della non-retrottività posto dall'art. 2; questo principio applicato ai contratti significa che la nuova legge non deve dare alle parti un diritto ch'esse non avevano in virtù del loro contratto, che essa non può togliere loro un diritto che si trova già stipulato, a meno che l'interesse generale non lo domandi: ora, nel caso concreto, non si tratta che d'interessi individuali: quindi è la volontà sola delle parti che deve decidere, vale a dire che bisogna applicare la legge del tempo in cui le parti hanno contrattato. Il legislatore retroagirebbe senza ragione, se desse a una parte un diritto che questa non ripete dal suo contratto. Perchè dunque ammettere ch'essa ha voluto retroagire? Poichè per il giudice si tratta di sapere ciò che il legislatore ha *voluto*, non ciò che ha *potuto;* e, nel silenzio della legge, il giudice non può ammettere che il legislatore abbia voluto alterare, senza ragione, la legge dei contratti. Gli autori si sono schierati per l'avviso di Merlin, quantunque con qualche esitazione, come lo confessa Dalloz (1).

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art 3, n. 10. Vedi la sentenza e gli autori citati, in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 270.

§ 2. — *Applicazione.*

N. 1. - Forme istrumentarie.

201. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo nello stabilire che le forme istrumentarie degli atti sono regolate dalla legge del giorno in cui sono stati stipulati. Ciò non ha mai formato dubbio per i contratti. È al momento in cui le parti contrattano ch'esse debbono conoscere in quali forme bisogna redigere le scritture destinate a constatare le loro convenzioni. Quando esse hanno adempiute le formalità che la legge prescrive, tutto è finito; esse si sono conformate alla legge, e la legge deve mantenere, sanzionare ciò ch'esse han fatto. Non vi sarebbe più sicurezza nelle relazioni civili, come dice benissimo Meyer, se il legislatore potesse prescrivere delle formalità nuove che le parti non potevano conoscere quando hanno stipulato le loro convenzioni (1).

202. L'applicazione di questi principii alle forme dei testamenti ha incontrato qualche difficoltà nei primi tempi che seguirono la pubblicazione del codice. Molte Corti decisero che la legge nuova regolava i testamenti anteriori, anche quanto alla forma. Vi ha qualche cosa di specioso in questa opinione. Il testatore deve manifestare la sua volontà nelle forme prescritte dalla legge, poichè il testamento è un atto solenne; ora, a quale epoca la volontà del testatore produce i suoi effetti? Alla sua morte; non è che a quell'epoca che essa esiste realmente; essa dev'essere dunque espressa nelle forme volute dalla legge sotto l'impero della quale il testatore è morto. Il testatore sapeva, dovea saperlo, che il codice ha prescritto delle forme nuove; se esso non ha rifatto il suo testamento, si è che la sua volontà è mutata; quindi il testamento non deve valere. Queste sono le considerazioni che hanno guidato la Corte di Nîmes e quella di Liegi. Dopo d'allora la giurisprudenza si è assodata nel senso contrario, e quasi tutti gli autori si sono schierati per questa opinione, e, noi crediamo, con ragione. Senza dubbio, la volontà del testatore non diviene irrevocabile che alla sua morte; ma non è esatto il dire che esso manifesta la sua volontà solamente a quest'epoca. La legge vuole che i testamenti sieno datati, perchè si sappia in qual momento il testatore ha espressa la sua volontà. Dunque la volontà è manifestata dal giorno in cui il testamento è scritto. Quindi bisogna applicare ai testamenti ciò che noi abbiam detto dei contratti. Le ragioni per decidere sono identiche, quantunque i contratti sieno irrevocabili e i testa-

(1) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 11 e seg.

menti revocabili, perchè la revocabilità non ha nulla di comune con le forme dell'atto (1).

203. Merlin domanda se il legislatore potrebbe sottomettere i testamenti fatti sotto la legge antica alle forme prescritte dalla legge nuova. Egli crede che lo potrebbe senza violare il principio della non-retroattività. Anzitutto esso non toglie ad alcuno un diritto acquisito; poi, padrone di dichiarare che non si potrà più testare in avvenire, esso lo è a maggior ragione per dichiarare che non riconoscerà più altri testamenti che quelli i quali saranno rivestiti delle nuove forme ch'esso prescrive (2). Noi crediamo che il legislatore, agendo così, derogherebbe senza ragione al principio della non-retroattività. Senza dubbio, esso non toglie diritti acquisiti; esso potrebbe dunque, senza violare il diritto di proprietà, regolare il passato. Ma ha una ragione per farlo? Tale è la vera quistione. Qual'è lo scopo delle forme istrumentarie? È di assicurare la libera espressione della volontà di chi compie un atto. Quando un atto è fatto conformemente alla legge che la parte interessata deve osservare, si presume che quest'atto sia la vera volontà di colui che l'ha fatto. Questo è il senso dell'adagio secondo il quale l'atto è valido quando è ricevuto secondo la legge del luogo ov'è stipulato. Per la medesima ragione bisogna seguire anche la legge del tempo in cui si stipula. Perchè dunque una legge nuova verrebbe a dichiarare che un atto ricevuto sotto la legge antica non è la espressione della volontà del suo autore? Non sarebbe ciò disfare ciò che il legislatore stesso ha fatto? Il testatore che vedrebbe il suo testamento annullato non sarebbe nel diritto di dire che, testando nella forma antica, egli ha obbedito alla legge, che la legge alla sua volta deve mantenere ciò ch'egli ha fatto? Se il legislatore dicesse con Merlin ch'esso può abolire la facoltà di testare, che a maggior ragione esso può imporre delle nuove forme, anche per il passato, il testatore gli risponderebbe che questo è un cattivo ragionamento che colui che può il più non può sempre il meno, perchè vi sono talvolta dei motivi per permettergli il più e vietargli il meno. Il legislatore può abolire la facoltà di testare, poichè esso può regolare l'esercizio del diritto di proprietà come crede, purchè non tolga ai cittadini un diritto ch'è nel loro dominio. Ma esso non può, senza retroagire, imporre nuove forme per la validità dei testamenti già fatti, perchè ciò sarebbe derogare senza ragione al principio della non-retroattività, annullando degli atti fatti conformemente alla legge (3).

---

(1) CHABOT, *Questions transitoires*, alla parola *Testament*, § 1 (t. III, p. 289 e seg.). Le sentenze e gli autori sono citati in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 314).

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 5, n. 1.

(3) Questa è l'opinione di DUVERGIER, nella sua Dissertazione sulla non-retroattività delle leggi.

Notiamo ancora che, secondo l'opinione di Merlin, il giudice non potrebbe applicare la legge nuova ai testamenti anteriori, quantunque il legislatore avesse potuto farlo senza ledere un diritto acquisito. Dunque, secondo il parere del grande giureconsulto, il giudice non può applicare la legge al passato, anche quando il legislatore avesse potuto retroagire, anche quando non togliesse alcun diritto acquisito. Questa è una conferma della nostra teoria che siamo lieti di constatare.

N. 2. - Condizioni della validità dei contratti.

204. Se queste condizioni mutano, è la legge antica che il giudice deve applicare; su questo punto non potrebbe esservi dubbio. Infatti, è nel momento in cui contrattano che le parti debbono sapere quali condizioni esse hanno ad adempiere perchè le loro convenzioni sieno valide. Tutto ciò che noi abbiamo detto delle forme istrumentarie deve applicarsi alle condizioni intrinseche richieste per la validità dei contratti. L'interesse generale istesso, crediamo noi, non giustificherebbe una derogazione al principio della non-retroattività. Perchè dal momento che il contratto è perfezionato, il diritto che deve produrre entra nel nostro dominio; nè il legislatore, nè il giudice possono spogliarcene.

È stato giudicato, in questo senso, che la rinuncia a una successione è regolata dalla legge del giorno in cui si fa il contratto (1). Il codice proibisce i patti successori, mentre l'antico diritto li permette sotto certe condizioni. Essi sono validi, se queste condizioni sono state osservate, e restano validi sotto l'impero del codice, quantunque la proibizione sia fondata sulla pubblica moralità. Vi ha dunque un interesse sociale d'un'alta gravità, ma l'interesse generale si ferma innanzi ai diritti acquisiti, il più grande interesse della società essendo che i diritti convenzionali sieno rispettati.

205. La giurisprudenza ha applicati questi principii alle convenzioni matrimoniali (2). Sotto l'antico diritto vi erano delle consuetudini che permettevano agli sposi di fare il loro contratto dopo la celebrazione del matrimonio; il codice vuole, al contrario, che le convenzioni matrimoniali sieno redatte prima che il matrimonio sia celebrato (art. 1394). La Corte di Bruxelles ha deciso che gli sposi maritati prima della pubblicazione del codice hanno potuto validamente fare un contratto di matri-

---

(1) Sentenza della Corte di Montpellier del 6 aprile 1835 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Succession*. n. 608).

(2) La validità d'una costituzione di dote, fatta sotto l'impero del codice civile da un individuo interdetto per causa di prodigalità prima del codice, dev'essere giudicata dalla legge del tempo in cui il contratto è stato stipulato. Sentenza della Corte di Montpellier del 1.° luglio 1840, in DALLOZ, 1843, 2, 117).

monio sotto l'impero della nuova legge (1). Non si può dire, in questo caso, che vi sia un diritto acquisito, poichè gli sposi non hanno ancor stipulato alcun contratto. Il legislatore avrebbe potuto prescrivere loro di farne uno entro un determinato tempo, e dichiarare che, in mancanza di convenzione, essi sarebbero sottoposti al regime della comunione legale. Ma ciò che il legislatore avrebbe potuto fare il giudice non lo può, poichè non è in suo potere di prescrivere delle misure che servano di transizione fra la legge antica e la nuova. Esso si trova in presenza d'un diritto che gli sposi tengono dalla consuetudine sotto la quale si sono maritati; in virtù di questo diritto essi possono fare dopo il loro matrimonio quelle convenzioni che vogliono e le possono fare quando vogliono; il giudice deve rispettare il loro diritto, esso non lo può limitare quando il legislatore non ha trovato bene di farlo: esso farebbe la legge, mentre la sua missione si limita ad applicarla.

206. Per la medesima ragione gli sposi maritati sotto l'impero d'una consuetudine che permetteva di modificare le convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione del matrimonio hanno conservato questo diritto sotto l'impero del codice, quantunque l'art. 1395 vieti ogni mutazione dopo il matrimonio. Così è stato deciso dalla Corte suprema di giustizia di Bruxelles (2). Anche qui bisogna distinguere fra il legislatore ed il giudice. La legge avrebbe potuto, senza ledere un diritto acquisito, disporre che gli sposi maritati prima del codice potessero modificare le loro convenzioni matrimoniali in un periodo di tempo determinato, ma, che, decorso questo periodo, esse sarebbero immutabili. Vi ha un interesse generale che comanda l'immutabilità dei contratti di matrimonio, cioè l'interesse dei terzi; il legislatore avrebbe potuto invocarlo per limitare il diritto degli sposi, pur rispettandolo; ma il giudice non lo può. Gli sposi han fatto delle convenzioni revocabili; esse debbono conservare questo carattere; il giudice non potrebbe alterarlo senza retroagire, poichè esso altererebbe un diritto convenzionale. È vero che gli sposi non hanno dichiarate le loro convenzioni come revocabili: ma essi non avevano bisogno di farlo, facendolo per essi la consuetudine. Il giudice potrebbe meno ancora prescrivere alle parti un periodo nel quale esse dovrebbero modificare le loro convenzioni; non v'ha che il potere legislativo che possa prendere queste misure. Nel silenzio della nuova legge le convenzioni revocabili restano tali: queste sono convenzioni temporanee che il giudice non può rendere definitive ed immutabili.

---

(1) Sentenza della Corte suprema di giustizia di Bruxelles del 30 marzo 1820 (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 1, n. 2).

(2) Sentenze del 17 febbraio e dell'11 maggio 1818 (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 1, n. 2), del 21 marzo 1828 (*Jurisprudence du XIX Siècle*, 1828, parte terza, p. 125).

N. 3. - Effetti dei contratti.

207. Gli effetti che producono i contratti sono inseparabili dalle convenzioni; essi ne formano l'essenza, poichè è per ragione di questi effetti che le parti contrattano. Resta dunque inteso che tutti gli effetti dei contratti sono regolati dalla legge ch'era in vigore al momento in cui sono stati stipulati. Ma che bisogna intendere per *effetti?* Ciò che è vero degli *effetti* lo è ancora delle *conseguenze* del contratto? Blondeau ha stabilita questa distinzione in una dissertazione sottilissima, ma troppo scolastica (1): essa si trova già in germe presso Meyer (2), e Merlin le ha dato l'autorità del suo nome (3). Non è senza ragione che Duvergier (4) e Demolombe (5) la criticano. Il minor rimprovero che le si possa fare si è di essere inutile alla decisione delle quistioni alle quali viene applicata; essa diviene anzi nociva. Si dice che gli *effetti* sono regolati dalla legge antica, e le *conseguenze* dalla legge nuova. La ragione è che gli *effetti* derivano necessariamente dal contratto, mentre le *conseguenze* si producono in causa del contratto; gli *effetti* hanno dovuto essere presi in considerazione dalle parti, mentre esse non hanno certamente pensato a *conseguenze* che non potevano prevedere. La distinzione è razionale, ma noi vedremo ch'essa è dannosa, anche in mano ad un giureconsulto come Merlin. Ciò avviene perchè nell'applicazione è difficilissimo distinguere gli *effetti* dalle *conseguenze;* da ciò deriva che uno vede una *conseguenza* là dove un altro trova un *effetto;* e quindi l'uno applica la legge nuova, mentre l'altro crede che bisogna applicare la legge antica. Noi crediamo che valga meglio non intralciarsi in distinzioni oziose e attenersi al principio che regge i contratti, e che basta per risolvere le difficoltà.

208. La legge del 6 ottobre 1791 non ammette la tacita riconduzione dei fondi rustici. Un affitto conchiuso sotto l'impero di questa legge spira sotto l'impero del codice Napoleone che permette la riconduzione tacita; il conduttore continua il suo godimento. Bisogna applicare il codice o la legge antica? La Corte di Rouen ha benissimo giudicato che la quistione dev'esser decisa dalla legge nuova (6). Ma è necessario, per deciderla, di ricorrere alla distinzione degli *effetti* e delle *conseguenze?* La ragione che induce a decidere in questo senso è più che evidente: è il principio che regge i contratti e che dice che bisogna applicare la legge del giorno in cui il contratto

---

(1) BLONDEAU, nella *Thémis belgique*, t. VII, p. 360.
(2) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 18.
(3) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 4.
(4) DUVERGIER, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*.
(5) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, n. 57.
(6) Sentenza del 17 maggio 1812 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 285).

viene stipulato. Ora, la tacita riconduzione è un nuovo contratto. Quindi è inutile esaminare se questo nuovo affitto è una *conseguenza* od un *effetto* del primo.

209. La divisione d'una società o d'una comunione, formata sotto l'antica legge, si fa sotto il codice civile È la legge nuova che regolerà la quistione di garanzia? Blondeau e Merlin che, pur ammettendo la distinzione degli *effetti* e delle *conseguenze*, sono in disaccordo su quasi tutte le applicazioni, s'accordano qui a dire che la divisione è una *conseguenza*, che perciò non dev'essere regolata dalla legge del giorno in cui la comunione si è formata. Merlin conviene che si deve supporre che coloro che fanno una società hanno previsto che si dovrebbe un giorno farsene la divisione; ma, egli dice, è impossibile ammettere ch'essi abbiano anticipatamente calcolato, in base alla legge vigente al momento in cui trattavano, le obbligazioni che potrebbero imporsi all'epoca della divisione. Quali sottigliezze! La risoluzione dei contratti non è dessa attinente ai contratti stessi? I diritti e le obbligazioni che nascono dalla divisione non sono, per ciò stesso, diritti e obbligazioni che nascono dal contratto? Quindi non è la legge del contratto che deve regolarli? Le parti non v'hanno pensato, dice Merlin. Eh! che importa ch'esse vi abbiano pensato o no? Il legislatore vi ha pensato per esse. Contrattando, le parti sanno che sono rette dalla legge esistente in quel momento senza ch'esse abbiano bisogno di portare il loro pensiero su tutto ciò che la legge ha preveduto per esse; associandosi, esse sanno che la legge regolerà la divisione della loro società del pari che i diritti e le obbligazioni dei soci. Che se si vuol trar profitto dal loro pensiero, certo non si dirà che questo ha abbracciato l'eventualità d'una legge nuova, e che anticipatamente, e senza sapere anche se vi sarebbe una legge nuova, esse hanno voluto sottomettere a questa legge la divisione della loro società. La nostra conclusione è che bisogna usare delle distinzioni quando esse sono necessarie; ma guardiamoci d'abusarne, altrimenti la scienza del diritto somiglierà alla scolastica del medio evo.

210. Prima d'affrontare le difficoltà che presenta l'applicazione del principio della non-retroattività ai contratti bisogna ancora porre un principio sul quale la dottrina è unanime. Quando si dice che i contratti sono regolati in tutto dalla legge antica, si intende per contratti non solamente le stipulazioni espresse che fanno le parti contraenti, ma anche tutte le disposizioni che la legge ha formulate, fondandosi sull'intenzione probabile di coloro che contrattano, a meno che non v'abbiano derogato con le loro convenzioni. Egli è, infatti, per dispensare i contraenti d'entrare in questi dettagli e di tutto prevedere che il legislatore ha preso esso stesso cura di formulare i principii che regolano i diversi contratti; esso permette alle parti interessate di derogare a ciò che ha statuito, ma, se esse non vi derogano, s'appropriano per ciò stesso le disposizioni della legge. Il co-

dice pone il principio per le convenzioni matrimoniali (art. 1387), ma esso viene applicato a tutti i contratti. Da ciò l'adagio che le clausole tacite hanno il medesimo effetto che le clausole espresse (1).

Noi applicheremo questo principio alle quistioni che si sono presentate nella pratica.

a) Contratto di matrimonio.

211. Che le convenzioni matrimoniali sieno in tutto regolate dalla legge del giorno in cui il contratto è stato ricevuto, non vi è dubbio alcuno. Ma è importante fissare il momento preciso in cui il contratto è perfetto. Se la legislazione cambia nell'intervallo che separa l'atto notarile dalla celebrazione del matrimonio, è la legge nuova o la legge antica che bisogna applicare? È stato deciso che è la legge ch'esisteva al giorno dell'atto (2). Per vero, il contratto non produce immediatamente i suoi effetti, esso non può produrli che a partire dalla celebrazione del matrimonio; fino a quel giorno esso può vivere modificato dai futuri sposi nelle forme e sotto le condizioni prescritte della legge. Ma, nel caso concreto, si tratta di conoscere qual'è l'intenzione delle parti contraenti: bisogna dunque riferirsi al momento in cui esse hanno manifestata la loro volontà, sia mediante le clausole espresse del contratto, sia rimettendosi alla legge. Quale legge? Evidentemente quella che esiste quando il notaio riceve l'atto; è assurdo supporre che i futuri sposi abbiano avuto in vista una legge che non esisteva e che essi ignoravano.

212. Le nostre antiche consuetudini accordavano al coniuge superstite un diritto di sopravvivenza; questo diritto non esiste più sotto l'impero del codice Napoleone. Se i coniugi si sono maritati prima della pubblicazione del codice, senza regolare i loro diritti di sopravvivenza col contratto di matrimonio, il superstite avrà il beneficio di sopravvivenza, quantunque la legge non lo riconosca più, a meno che non sia stato espressamente stipulato? La giurisprudenza decide la quistione in favore dei coniugi ed a ragione (3). Infatti il beneficio di sopravvivenza è un diritto convenzionale; egli è certo che se i futuri sposi lo avessero stipulato, mercè il loro contratto di matrimonio, la legge non potrebbe loro toglierlo; ora, se si maritano sotto una consuetudine che dà loro questo diritto, essi non hanno bisogno di stipularlo, stipulandolo per essi la consuetudine. Vi ha dunque una convenzione tacita che il legislatore deve mantenere. È ciò

---

(1) Vedi gli autori citati in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 253.

(2) Sentenza della Corte di Bastia del 4 marzo 1836 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Contrat de mariage*, n. 508).

(3) Vedi le sentenze in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 255, e alla parola *Contrat de mariage*, n. 516 e seg. Confronta la sentenza della Corte di Cassazione del 14 luglio 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 411).

che hanno deciso formalmente i decreti del 4 luglio e del 30 settembre 1811 (articoli 158 e 38) sulla introduzione del codice civile nei dipartimenti anseatici e nelle provincie illiriche.

Bisogna applicare il medesimo principio all'assegnamento che certe consuetudini accordavano ai figli? La quistione è dubbia. Si può dire (1) che questo diritto è unicamente fondato sulla legge, che è dunque un'eventualità rivocabile dalla legge, che in conseguenza esso non esiste più dopo la legge del 17 nevoso anno II. Noi preferiamo l'opinione contraria. I futuri sposi non avrebbero potuto stipulare questo dotario? In presenza d'una consuetudine che l'accordava, non si reputa averlo essi stipulato? La loro previdenza e la loro sollecitudine non han dovuto portarsi sui figli, che potrebbero nascere dalla loro unione, come sopra sè stessi? Se vi ha la stessa ragione per decidere, la decisione deve essere identica.

213. La qualità mobiliare od immobiliare dei beni ha una grande influenza nelle convenzioni matrimoniali. Ora, la legislazione ha variato su questo punto: alcuni beni, le rendite, dapprima immobili, oggidì sono mobili; mentre le case, reputate mobili sotto certe consuetudini, han ripreso la loro natura immobiliare. Se la comunione si discioglie sotto l'impero del codice Napoleone, bisogna applicare la legge antica o la legge nuova? È certo che è la legge antica per i beni che i futuri sposi possedevano prima del matrimonio. La Corte di Bruxelles aveva dapprima deciso il contrario, ma poi ha mutato un'opinione ch'era certamente erronea (2). Coloro che si maritano sotto una consuetudine che reputa le rendite immobili, e che accorda i mobili al superstite, intendono certamente che le rendite ch'essi possiedono restino loro proprietà; attribuirle al superstite sarebbe spogliare gli eredi del defunto d'un diritto che era nel dominio del loro autore. Bisogna decidere egualmente per i beni acquistati dopo il matrimonio, ma prima della pubblicazione del codice, poichè vi è la stessa ragione per decidere in questo senso. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto.

Non è lo stesso di un'ultima ipotesi. I beni sono acquistati sotto l'impero del codice che colloca le case fra gl'immobili, mentre la consuetudine le reputava mobili, e il contratto di matrimonio porta che la vedova avrà la totalità dei mobili e la metà solamente degl'immobili della comunione. Si attribuiranno a essa le case comperate dopo la pubblicazione del codice? Merlin risponde che ciò non è ammissibile. La donna invocherà la consuetudine a titolo di legge? Essa è abrogata dal codice. La invocherà come convenzione tacita? Non si tratta delle intenzioni

(1) Questo è l'avviso di DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 256.
(2) Vedi le sentenze in DALLOZ, alla parola *Contrat de mariage*, n. 512. Sentenza della Cassazione di Bruxelles del 25 giugno 1830 (*Jurisprudence du XIX siècle*, 1830, parte terza, p. 202).

che i futuri sposi avevano maritandosi, si tratta dell'intenzione che ha il marito comperando una casa; ora, comperandola sotto il codice che la dichiara immobile, vuol comperare un immobile; è la sua volontà che fa la legge. Duranton conviene in questo senso (1). Invece la Corte di cassazione ha deciso in senso contrario, e noi crediamo ch'essa ha ben giudicato (2). No, non è la volontà dell'acquirente che fa la legge, poichè esso ha manifestato nel suo contratto di matrimonio una volontà contraria, sulla quale non gli è permesso di ritornare. Esso sapeva, comperando una casa, che le sue convenzioni matrimoniali la dichiaravano mobile. Non dipende da lui l'immobilizzarla. Quindi il codice civile non può esercitare alcuna influenza sulla decisione della quistione; essa è decisa precedentemente dal contratto di matrimonio.

214. I diritti degli sposi sui loro beni sono regolati dalle loro convenzioni matrimoniali, espresse o tacite, vale a dire che la legge nuova non può nulla cangiare. Secondo alcune consuetudini, i beni acquistati non potevano essere alienati che col consenso dei due coniugi: l'art. 1421 del codice permette al marito di alienarli senza il concorso della moglie. È la legge nuova o la consuetudine antica che deciderà della sorte delle alienazioni che il marito fa sotto l'impero del codice? La Corte di Bruxelles ha giudicato che è la legge in vigore all'epoca in cui il matrimonio è stato contratto. Qui v'ha un motivo di dubbio, ed è che il codice dà al marito il diritto di alienare solo i beni acquistati, perchè esso è il capo della società coniugale; ma se il diritto d'alienare deriva dalla potestà maritale, non bisogna concludere che si tratta d'una quistione di stato, di capacità o d'incapacità? Non è quindi la legge nuova che bisogna applicare? Noi non risponderemo con Merlin che l'art. 1388 proibisce solamente ai futuri sposi di derogare ai diritti risultanti dalla potestà maritale *sulla persona della moglie,* perchè questo stesso articolo proibisce anche la derogazione ai diritti del marito *come capo.* Tuttavia noi crediamo che la Corte di Bruxelles ha ben giudicato, e vi è una sentenza conforme della Corte di Liegi (3). È una quistione di regime e non una quistione di stato. Anche pel nostro antico diritto la moglie stava sotto la potestà maritale, ciò che non impediva ad alcune consuetudini d'esigere il suo concorso per l'alienazione dei beni acquistati; il che prova che si trattava dei diritti della donna come associata, ciò che è una quistione di regime, e il regime dev'essere mantenuto tal quale è stato contratto.

---

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Effet rétroactif,* sez. III, § 3, art. 3, n. 1. DURANTON, *Cours de droit français,* t. XIV, n. 124.

(2) Sentenza del 27 gennaio 1840 (DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Contrat de mariage,* n. 514). È ancora l'avviso di DUVERGIER, nella sua dissertazione sull'effetto retroattivo delle leggi.

(3) DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Lois,* n. 261; MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Effet rétroactif,* sez. III, § 3, art. 3, n. 3.

215. Il codice civile dichiara inalienabili gl'immobili dotali della moglie, quando essa è maritata sotto il regime dotale; mentre in alcuni paesi di diritto scritto la moglie aveva il diritto di alienarli e di ipotecarli. La moglie, maritata sotto l'impero dell'antico diritto, conserva la facoltà d'alienare i suoi fondi dotali? È stato giudicato dalla Corte di cassazione che le leggi od usanze antiche formavano una clausola tacita delle convenzioni matrimoniali; che la moglie ripeteva il diritto d'alienare da una convenzione, e che, per conseguenza, questo diritto non poteva esserle tolto da una legge nuova. La dottrina è d'accordo con la giurisprudenza (1). Vi sono tuttavia dei motivi di dubitare. Non si può dire che il diritto di alienare o di non alienare è una quistione di capacità? No, è una quistione di regime. L'alienabiltà o l'inalienabilità degl'immobili della moglie dipende dalle convenzioni matrimoniali e non dalla sua capacità. Quindi, v'ha un diritto convenzionale che la legge nuova deve rispettare. Il codice permette ai coniugi di derogare al principio della inalienabilità del fondo dotale, ciò che prova che non è d'ordine pubblico. Giacchè esso non concerne che i beni della moglie, le convenzioni che questa fa formano legge per lei.

216. La quistione inversa è più dubbia. Secondo la consuetudine di Normandia, la moglie non poteva alienare i suoi beni parafernali; il codice le permette d'alienarli col consenso del marito (art. 1428). Si domanda se le donne maritate sotto l'impero di questa consuetudine potranno alienare i loro immobili. La Corte di cassazione ha cassato una sentenza della Corte di Rouen che aveva applicato il diritto nuovo. Merlin approva questa decisione, e con ragione, poichè è una quistione di regime e non di stato. Perchè la consuetudine di Normandia proibiva alla donna d'alienare i suoi beni parafernali? Come dice Merlin, e come ripete la Corte di cassazione, la consuetudine voleva premunire la donna contro la sua debolezza; sotto il codice Napoleone avviene tutti i giorni che la moglie, la quale è in comunità di beni, vende i suoi beni particolari col consenso del marito, cedendo alle sue istanze od alle sue minacce; la consuetudine normandese dava alla moglie il diritto di fare annullare le alienazioni ch'essa avesse consentite, sia per una cieca tenerezza, sia per un timore riverenziale. Si tratta dunque della conservazione dei beni della moglie e non della sua incapacità. Quindi la quistione è decisa: le convenzioni matrimoniali debbono essere mantenute.

A primo aspetto, si potrebbe credere che questa decisione è in contraddizione con la giurisprudenza e la dottrina, le quali ammettono che la donna, incapace di mallevare sotto l'antico diritto, è divenuta capace sotto il codice civile, e che essa, capace d'alienare i suoi beni parafernali, è divenuta incapace.

---

(1) Vedi le sentenze e gli autori citati in DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 220.

La contraddizione non è che apparente. Infatti, il divieto della fideiussione era una vera incapacità che colpiva tutte le donne; il che prova che non era una quistione di regime. Che se la donna, già capace d'alienare, ha bisogno, sotto il codice civile, dell'autorizzazione maritale, gli è perchè questa autorizzazione è una conseguenza diretta dell'incapacità della donna; il marito non interviene per conservare i beni della moglie, esso interviene per motivi d'ordine pubblico: dunque è una quistione di capacità e non di regime.

Vi ha ancora un altro motivo di dubitare. L'inalienabilità dei beni parafernali della moglie li mette fuori di commercio. Ciò è contrario all'interesse generale; e l'interesse della società non deve prevalere all'interesse della moglie? È certo che il legislatore avrebbe potuto proibire ogni clausola d'inalienabilità, e, per conseguenza, dichiarare alienabili dei beni che le convenzioni dichiararono inalienabili; esso non avrebbe tolto alcun diritto acquisito alla moglie, avrebbe solamente modificato dei diritti convenzionali, ciò che a rigore ha il potere di fare, quando non spoglia i cittadini d'un bene che è nel loro dominio. Ma esso non l'ha fatto; permette, al contrario, alla moglie di stipulare il regime dotale, e, per conseguenza, l'inalienabilità dei suoi fondi dotali. Ciò decide la quistione. Se i coniugi possono, sotto il codice, stipulare che gl'immobili della donna saranno inalienabili, le convenzioni analoghe, espresse o tacite, ch'essi han fatte sotto l'antico diritto, debbono pure essere mantenute. Se il legislatore subordina l'interesse generale a quello della moglie per l'avvenire, perchè nol permetterebbe pel passato?

b) Trasmissione dei diritti reali.

217. I diritti reali si trasmettevano nell'antico diritto per tradizione; oggi la trasmissione si fa tra le parti per il solo concorso del consenso. Dacchè il diritto è trasmesso, esso è *acquisito* nel senso stretto della parola, vale a dire che si trova in questo momento nel dominio di colui che l'ha stipulato; la legge stessa non glielo potrebbe togliere, perchè sarebbe lo stesso che spogliarlo d'un bene che forma la sua proprietà, sarebbe espropriarlo, ciò che non può farsi, a termini della nostra costituzione, che per causa di pubblica utilità, e mediante una giusta e preventiva indennizzazione (art. 11).

218. Il diritto è acquisito anche in riguardo dei terzi? Secondo il codice civile, la trasmissione dei diritti reali immobiliari si fa, a riguardo dei terzi, come fra le parti, col solo concorso del consenso (art. 1138). Vi ha eccezione per le donazioni immobiliari che debbono essere trascritte per avere effetto riguardo ai terzi (art. 939), e per le ipoteche convenzionali e giudiziarie, le quali debbono essere iscritte perchè il creditore possa opporle ai terzi (art. 2134); quanto alle ipoteche legali la legge ne prescrive pure la pubblicità, ma essa dà ef-

fetto alle ipoteche dei minori e delle donne maritate anche quando l'iscrizione non ha avuto luogo (art. 2135). La legge ipotecaria belga ha generalizzato il principio della pubblicità; le ipoteche legali sono soggette all'iscrizione come le ipoteche convenzionali (art. 81); le ipoteche giudiziali sono abolite. Quanto agli altri diritti reali immobiliari, le legge del 16 dicembre 1851 vuole che gli atti i quali constatano la trasmissione di questi diritti siano trascritti per avere effetto riguardo ai terzi (art. 1).

La legge nuova stabilendo una pubblicità più larga che il codice civile, nasce la quistione di sapere se i diritti reali acquistati sotto l'impero del codice, e che il codice dispensa dalla pubblicità, vi saranno soggetti in virtù della legge del 16 dicembre 1851. Per prevenire ogni dubbio, il legislatore stesso ha troncato la difficoltà con disposizioni esplicite, per ciò che concerne le ipoteche, e implicite per ciò che riguarda gli altri diritti reali immobiliari. L'art. 1 delle disposizioni transitorie vuole che le ipoteche, al pari dei privilegi ch'esistevano senza iscrizione prima della pubblicazione della legge nuova siano iscritte; e gli articoli 9 e 10 sottopongono alla specificazione le ipoteche e i privilegi di già iscritti.

Queste disposizioni transitorie non violano esse il principio della non-retroattività? Il legislatore può regolare il passato, quando non toglie un diritto *acquisito* nel senso stretto della parola. Esso avrebbe tolto un diritto acquisito, se avesse abolite le ipoteche giudiziali risultanti da giudizii anteriori alla legge nuova; esso avrebbe ancora retroagito se avesse abolito le ipoteche legali non iscritte. A nostro avviso, una simile retroattività avrebbe violato l'art. 11 della Costituzione. Ma il legislatore ha rispettato i diritti acquisiti sotto l'impero del codice civile: esso mantiene le ipoteche giudiziarie, ed obbliga solamente i creditori di specificarle: esso mantiene le ipoteche e i privilegi che esistevano prima della legge nuova senza iscrizione, ma obbliga i creditori d'iscriverle. Ora il legislatore può sempre regolare l'esercizio del diritto di proprietà, sottometterlo a formalità nuove. La dottrina lo riconosce (1), e ciò non può formare oggetto di un dubbio serio.

È vero che, applicando il nuovo sistema di pubblicità anche al passato, il legislatore lede gl'interessi dei creditori. Invano si dice che dipende da essi di compiere la formalità dell'iscrizione, e che, s'essi non lo fanno, debbono imputare alla loro negligenza se provano un pregiudizio; essi possono rispondere che, sotto l'impero del codice, il loro diritto era al coperto d'ogni negligenza; la legge altera dunque il loro diritto, essa lo diminuisce, lo compromette. Vi sono anche dei creditori il cui diritto può perire, senza che si possa rimproverar loro negli-

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 3, num. 11.

genza alcuna, e sono gl'incapaci. Tutti provano adunque un pregiudizio più o meno grande, in conseguenza delle disposizioni retroattive della legge nuova. Tuttavia non hanno il diritto di lagnarsi, perchè non hanno che il loro interesse da opporre al legislatore, e l'interesse generale prevale all'interesse privato. La legge belga ha fatto ciò che aveva fatto la legge francese dell'11 brumaio anno VII: la pubblicità ch'essa stabiliva sarebbe stata incompleta, e non avrebbe avuto i vantaggi che il legislatore si riprometteva, se le ipoteche legali acquistate sotto il codice avessero conservato il loro effetto senza iscrizione. Ciò che noi diciamo dell'iscrizione delle ipoteche legali s'applica alla specificazione delle ipoteche giudiziali (1).

La dottrina consacrata dalla legge del 16 dicembre 1851 non è in opposizione con i principii universalmente ammessi sulle forme istrumentarie? Noi insegniamo, con tutti gli autori e la giurisprudenza, che la legge non potrebbe, senza retroagire, stabilire delle forme nuove per la validità degli atti ricevuti sotto la legge antica. Non bisogna ammettere la stessa decisione per l'iscrizione e la specificazione? No, perchè non v'ha la stessa ragion di decidere. Le formalità prescritte per la pubblicità delle ipoteche non sono forme istrumentarie: esse non hanno per iscopo di assicurare la libera espressione della volontà delle parti, esse hanno per iscopo di guarentire l'interesse dei terzi. Quando si tratta di forme istrumentarie, non vi ha interesse generale in causa, mentre è l'interesse generale che comanda la pubblicità la più completa delle ipoteche. Le parti che hanno osservato le forme stabilite dalla legge per la validità dei loro atti hanno un diritto da opporre al legislatore, quello che risulta dall'osservanza della legge. Il creditore, al contrario, che ha un'ipoteca per la quale non occorre nè iscrizione, nè specificazione, non può invocare un diritto; è il legislatore che glielo ha concesso, e il legislatore può anche modificarlo.

219. Ciò che può fare il legislatore, lo potrebbe il giudice, nel silenzio della legge? Noi non lo crediamo. Non si ha che a leggere le disposizioni transitorie della legge ipotecaria per convincersi che il legislatore solo può prescriverle. Era d'uopo determinare un periodo di tempo nel quale le iscrizioni debbono essere prese per conservare il grado di creditori ipotecarii; era d'uopo regolare per cura di chi si farà l'iscrizione, quando l'ipoteca appartiene ad incapaci. È evidente che queste misure di transizione non possono essere prese che dal potere legislativo. Vi era inoltre da esaminare se l'interesse generale doveva prevalere all'interesse degl'incapaci, il quale è pure un interesse generale. Nel conflitto d'interessi opposti il legislatore solo può decidere quale deve essere sagrificato. Se dunque la legge del 6 dicem-

(1) Rapporto della Commissione della Camera sul progetto di legge ipotecaria (*Recueil des documents sur la loi hypothécaire*, pubblicato da Parent, p. 169).

bre 1851 non avesse retroagito espressamente, il giudice non avrebbe potuto applicarla al passato. Ciò prova che il giudice non può far retroagire la legge in tutti i casi in cui lo potrebbe il legislatore.

220. La legge ipotecaria non dice, in termini formali, che gli atti traslativi di diritti reali immobiliari, fatti sotto l'impero del codice Napoleone, sono dispensati dalla formalità della trascrizione. Ma non è dubbio che tale sia stata la volontà del legislatore; nei lavori preparatorii è stato detto e ripetuto che la legge non poteva, senza retroagire, sottomettere alla trascrizione degli atti di trasmissione, ai quali il codice dava effetto a riguardo dei terzi senza pubblicità alcuna. Si è lamentato che la legge non avesse formulato la volontà del legislatore. Noi pure preferiamo una dichiarazione espressa alla volontà tacita; ma nella specie una disposizione formale era inutile. Il legislatore avendo prescritto delle misure transitorie che fanno retroagire la pubblicità quanto ai privilegi e alle ipoteche, e non prescrivendo nulla per gli atti traslativi di proprietà immobiliari stipulati sotto il codice, la sua intenzione di dispensarli dalla trascrizione è per ciò stesso evidente (1).

Ma è vero, come si è detto nel rapporto e nella discussione, che vi sarebbe retroattività, se il legislatore avesse dichiarato che gli atti traslativi di diritti immobiliari, fatti sotto il codice, dovrebbero essere trascritti per avere effetto rapporto ai terzi? (2). Vi sarebbe stata retroattività, ed anche violazione dell'art. 11 della Costituzione, se la legge nuova avesse annullati gli atti di proprietà fatti dagli acquirenti i cui titoli non fossero stati trascritti. Ma se la legge si fosse limitata a dire che in avvenire nessun proprietario potrebbe fare un atto di disposizione valido rapporto ai terzi, prima della trascrizione, ci sembra evidente che non vi sarebbe stata retroattività. Si invoca così spesso, a casaccio, il principio della non-retroattività, che importa di mettere il diritto del legislatore fuori di ogni contestazione.

Noi diciamo che la legge nuova avrebbe potuto applicare alla trascrizione degli atti traslativi di proprietà immobiliare la disposizione che ha presa per l'iscrizione e la specificazione delle ipoteche. In base a quali principii si è fatta retroagire la pubblicità in materia d'ipoteche? Sulla dottrina degli autori, la cui autorità è la più grande in questa materia. « Anche che i diritti, i quali risultano dai contratti, dice Merlin, sieno al coperto dall'attentato della legge posteriore, questa non può a meno, per l'avvenire, che subordinarne l'esercizio a quelle formalità, a quelle diligenze, a quelle condizioni che le piace, purchè queste diligenze e queste condizioni non dipendano da avvenimenti o da fatti estranei alla volontà delle parti alle quali

(1) MARTOU, *Les privilèges et hypothèques*, t. I, n. 143.
(2) PARENT, *Discussions de la loi hypothécaire*, p. 169, 362, 526 e seg.

essa le impone, o, in altri termini, purchè queste parti non possano imputare che a loro propria incuria la perdita ch'esse provano per l'inadempimento di queste formalità, di queste diligenze, di queste condizioni ». Merlin cita come esempio le sostituzioni fidecommissarie; la legge non potrebbe privare del suo diritto il sostituto nato o concepito al momento dell'apertura della sostituzione, poichè ciò sarebbe togliergli un diritto che è già nel suo dominio; essa non potrebbe neppure privare dalla sua aspettativa colui il cui diritto non fosse ancora aperto, ma potrebbe benissimo obbligarlo a trascrivere il suo titolo per dargli effetto riguardo ai terzi. Merlin non lo dice che pel caso di aspettativa; i principii sono i medesimi per il caso in cui il diritto sia già aperto. Meyer pone il medesimo principio, e ne dà la ragione, cioè l'utilità generale (1).

Noi abbiamo un'autorità più grande che quella di questi eminenti giureconsulti, cioè l'autorità del legislatore belga. Esso avrebbe potuto applicare alla trascrizione ciò che dice dell'iscrizione delle ipoteche, poichè v'ha identità assoluta di ragione. Se non v'ha diritto acquisito per il creditore ipotecario, non ve n'ha per il proprietario, poichè l'uno e l'altro hanno un diritto reale che è nel loro dominio. Se il legislatore può, senza togliere un diritto acquisito, sottoporre le ipoteche all'iscrizione, quantunque la legge antica dia ad esse effetto senza pubblicità, esso può anche sottoporre gli atti traslativi di proprietà alla trascrizione, quantunque il codice dia ad essi effetto riguardo ai terzi senza pubblicità. Che se si ammette che vi ha diritto acquisito per i proprietarii, bisogna dire anche che v'ha diritto acquisito per i creditori ipotecarii. Vi ha di più. La posizione del creditore ipotecario, che si obbliga ad iscrivere il suo titolo, è ben più svantaggiosa che nol sarebbe la condizione del proprietario che si obbligasse a trascrivere il suo. poichè l'ipoteca non ha, in generale, altro effetto che quello ch'essa produce nei riguardi dei terzi: dunque quando la legge subordina questo effetto a una formalità nuova, essa compromette il diritto stesso del creditore. Non è così d'una legge che obbligasse i proprietarii a trascrivere i loro titoli. Anche se essi non li trascrivessero, non cesserebbero di essere proprietarii; non verrebbe in loro meno il diritto di godere, di usare e d'abusare; essi conserverebbero anche il diritto d'alienare; solamente l'alienazione non avrebbe alcun effetto rapporto ai terzi, finchè non ne avessero fatto la trascrizione. La nostra conclusione è che, se il legislatore può, senza retroagire, imporre l'iscrizione ai creditori ipotecarii, esso può, a maggior ragione, imporre la trascrizione ai proprietarii.

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 3, num. 11.

c) Locazione.

221. Nell'antico diritto, quando il locatore vendeva la cosa locata, l'acquirente poteva espellere l'inquilino o l'affittuario; il codice civile (art. 1743), al contrario, l'obbliga di conservare la locazione, se è autentica, o se ha data certa. Una locazione è stata fatta prima della pubblicazione del codice: la cosa locata è venduta sotto l'impero della legge nuova: bisogna applicare l'art. 1743? La Corte di Digione lo ha applicato. Essa riconobbe che, applicando il codice alle locazioni precedenti, dà ad esse un effetto che non avrebbero avuto sotto l'antico diritto; ma non ne risulta, essa dice, che la legge nuova retroagisca; poichè non è il diritto del locatore ch'è in causa, è quello dell'acquirente; ora costui ha comprato sotto l'impero del codice civile che non gli permette d'espellere l'affittuario; e, sapendo ch'esso deve mantenere la locazione, avrà proporzionatamente diminuito il prezzo d'acquisto. L'equità come il diritto domandano dunque che la legge nuova riceva la sua applicazione (1).

Merlin critica questa sentenza, e gli autori si sono schierati pel suo avviso. V'ha una considerazione che è decisiva. Il locatore può stipulare, secondo l'art. 1743, che l'affitto cesserà in caso di vendita; se esso lo può sotto il codice, lo ha potuto ancora sotto l'antico diritto, e lo ha fatto ancorchè il contratto non avesse contenuta alcuna clausola espressa a questo riguardo; era inutile dirlo, perchè la legge lo diceva per lui. Dunque il diritto d'espellere è un diritto convenzionale, e, come tale, dev'essere conservato dal giudice sotto l'impero del codice. Perchè l'acquirente poteva espellere l'affittuario sotto l'antica legislazione? Perchè questi non aveva che un diritto personale. Il codice gli dà anche uno dei caratteri del diritto reale, poichè gli permette d'opporre il suo affitto a un terzo. Si può concepire che un contratto il quale, al momento in cui è formato, non genera che un diritto personale, produca un diritto reale, in virtù d'una nuova legge? La retroattività sarebbe evidente.

La considerazione d'equità che ha trascinata la Corte di Digione non è meglio fondata. Infatti, il locatore che vende la casa locata, e colui che la compera dovevano conoscere che il compratore non avrebbe il diritto d'espellere l'affittuario, poichè vi era una clausola contrattuale che lo proibiva; quindi il prezzo sarà stato fissato tenendo conto di questo fatto. Una cosa è certa, come dice Merlin, cioè che l'antica legge ha dovuto influire sulla determinazione del prezzo d'affitto. Quindi sarebbe ingiusto modificare le convenzioni delle parti.

Tuttavia è vero quello che dice la Corte di Digione, che il legislatore avrebbe potuto retroagire. Il diritto d'espellere l'affit-

(1) Sentenza del 29 pratile anno XII (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 3, n. 6).

tuario è contrario all'interesse generale; il legislatore avrebbe potuto dunque abolirlo in modo assoluto, anche pel passato. Esso avrebbe tolto al locatore il diritto di vendere, col togliere all'acquirente la facoltà di far cessare l'affitto, ma esso gli poteva togliere questo diritto, poichè si tratta solamente del modo d'esercitare la proprietà, e la legge può sempre regolare l'esercizio d'un diritto nell'interesse della società. E se il legislatore avesse vietato in modo assoluto il diritto d'espulsione, anche il giudice avrebbe dovuto applicare la legge nuova al passato, poichè non avrebbe fatto che eseguire la volontà del legislatore. Ma il codice non proibisce l'espulsione in modo assoluto; esso permette, al contrario, al locatore di stipulare che la locazione cesserà colla vendita. Quindi non si può più dire che la legge nuova è d'interesse generale, e che, come tale, essa deve regolare il passato. Il legislatore permette di subordinare l'interesse della società alle convenienze delle parti; per conseguenza il giudice deve mantenere le loro convenzioni tanto per il passato come per l'avvenire.

222. La locazione fatta dall'usufruttuario dà luogo a una quistione di più difficile soluzione. Secondo l'antico diritto, la locazione cessava di pieno diritto alla morte dell'usufruttuario, mentre il codice civile mantiene il contratto nei limiti d'una locazione d'amministrazione, vale a dire per un periodo di nove anni (articoli 595, 1429). È la legge nuova che bisogna applicare, quando l'usufrutto è costituito prima della pubblicazione del codice? Se la locazione è anteriore al codice, non vi ha alcun dubbio; il contratto non è stato fatto che per la vita dell'usufruttuario; il giudice non può estendere la durata della locazione, contro la volontà delle parti contraenti, senza attentare a un diritto convenzionale. Ma come bisogna decidere se la locazione è stata fatta dopo la pubblicazione del codice? Qui vi è ragione di dubitare. Non si può dire che un contratto stipulato sotto l'impero d'una legge nuova dev'essere regolato da questa legge? Tuttavia la Corte di Parigi ha deciso che il codice Napoleone non poteva essere applicato senza retroattività, senza attentare a diritti acquisiti (1). Tale è ancora l'avviso di Proudhon (2).

Noi crediamo che la Corte di Parigi ha ben giudicato. La quistione dev'essere decisa, non in base al contratto la locazione, ma all'atto costitutivo dell'usufrutto. Si tratta di sapere quali locazioni l'usufruttuario poteva fare; ora, i diritti dell'usufruttuario sono regolati dall'atto che stabilisce l'usufrutto, dunque dalla legge ch'è in vigore al momento in cui l'usufrutto è costituito. Devesi dire perciò che il legislatore non avrebbe potuto regolare

---

(1) Sentenza del 15 agosto 1825 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, numero 264.

(2) PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1, p. 73 e seg. (Edizione del 1842).

il passato, come sembra crederlo la Corte di Parigi? A rigore esso avrebbe potuto modificare le locazioni stipulate sotto l'antico diritto, poichè l'interesse generale s'oppone a che gli affittuarii sieno espulsi avanti il termine del loro affitto. È vero che questo sarebbe modificare un diritto convenzionale; ma la legge lo può, quando l'interesse della società lo esige. A più forte ragione il legislatore avrebbe potuto dire che le locazioni stipulate dall'usufruttuario dopo la pubblicazione del codice sarebbero regolate dalla legge nuova. È vero che avrebbe ancora leso un interesse, ed anche un diritto convenzionale del nudo proprietario; perchè costui ha, in virtù dell'atto costituitivo dell'usufrutto, il diritto di rientrare nel godimento della sua proprietà, alla morte dell'usufruttuario, anche quando essa fosse occupata da un affittuario. Ma, ancora una volta, il legislatore potrebbe farlo senza violare l'art. 11 della Costituzione; esso derogherebbe al principio della non-retroattività, ma questo principio non lo lega che nei limiti dell'art. 11. Quanto al giudice, non lo può, poichè questi è legato dall'art. 2 del codice civile: esso non può attentare a un diritto convenzionale, a meno che la legge non retroagisca espressamente, poichè è necessaria una legge perchè il giudice possa derogare al principio della non-retroattività.

N. 4 - Risoluzione dei contratti.

223. La risoluzione dei contratti è regolata dalla volontà delle parti contraenti, al pari dell'effetto ch'essi producono. Si può dire che la risoluzione è un effetto della convenzione. Poco importa che l'attenzione delle parti si sia portata sulle cause che potranno produrre lo scioglimento delle loro relazioni; esse non hanno bisogno di prevedere tutte le eventualità, poichè il legislatore si è preso questa cura per esse. Come dice l'articolo 1135 del codice civile, « le convenzioni obbligano non solamente a ciò che è espresso, ma ancora a tutte le conseguenze che l'equità, l'*uso* o la *legge* attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura ». La risoluzione si presume dunque stipulata, conformemente alla legge, come le altre conseguenze dei contratti. Ciò che noi diciamo della risoluzione s'applica anche alla revocazione. Non vi ha che una differenza di termini, che non esercita alcuna influenza su i diritti delle parti: l'uno s'intende più particolarmente per i contratti a titolo oneroso, e l'altro per le donazioni, ma i principii che li regolano sono i medesimi. La legge nuova, non disponendo che per l'avvenire, non può regolare le cause di risoluzione dei contratti stipulati sotto l'impero della legge antica. Questo principio ci sembra incontestabile; tuttavia esso ha dato luogo, nella sua applicazione, a numerose difficoltà.

224. L'art. 1978 del codice civile porta che la sola mancanza di pagamento delle annualità decorse d'una rendita vitalizia non autorizza colui in cui favore è costituita la rendita

vitalizia a chiedere il rimborso del capitale. Bisogna applicare questa disposizione ai contratti stipulati prima della pubblicazione del codice, sotto una legge che autorizzava la risoluzione per questa causa? La giurisprudenza è divisa (1). Noi crediamo che la quistione deve decidersi secondo il principio che abbiamo posto, e senza distinguere se la risoluzione è stata domandata sotto l'impero dell'antica legislazione, o se lo è stata sotto il codice civile. Si tratta d'un diritto convenzionale; quindi il giudice non può, senza retroagire, modificarlo in virtù della legge nuova. Le parti possono derogare all'art. 1978; esse possono convenire che, se il debitore non paga le annualità decorse, dovrà rimborsare il capitale. Se la risoluzione stipulata sotto il codice è mantenuta, perchè non si manterrebbe la stipulazione fatta prima del codice? Il legislatore dopo aver dichiarato il contratto risolubile, lo dichiara in seguito non risolubile, ma esso non intende menomamente legare le parti; esso prevede e suppone le loro intenzioni, permettendo loro di avere una volontà contraria. Si può dire che gli autori del codice civile hanno preteso spiegare ciò che le parti hanno voluto prima della sua pubblicazione? Ciò non avrebbe senso: il legislatore presuppone ciò che le parti contraenti vorranno in avvenire, ma non quello che esse hanno voluto pel passato. La nostra opinione è quella di Mailher de Chassat, e questa tende a prevalere nella giurisprudenza (2).

225. Il diritto antico pronunziava la revocazione delle donazioni per cause che il codice civile non ammette più. Secondo il codice, le donazioni a riguardo del matrimonio non sono revocabili per causa d'ingratitudine. La donna maritata prima del codice, e che dopo ottiene la separazione di corpo per sevizie e cattivi trattamenti, può domandare la rivocazione delle liberalità che essa aveva fatte a suo marito col contratto di matrimonio? La Corte di cassazione le ha riconosciuto questo diritto, e con ragione: poichè le donazioni fatte sotto l'antico diritto erano contratti revocabili, il giudice non può farne dei contratti irrevocabili; ciò sarebbe snaturare diritti convenzionali. Invano si direbbe che la moglie non ha mai pensato alla revocazione per causa d'ingratitudine, allorquando essa ha fatto una liberalità a un suo futuro congiunto; che, per conseguenza, non v'ha clausola tacita di revocazione. No, certo, essa non vi ha pensato, ma il legislatore vi ha pensato per lei. Invano ancora si direbbe che il legislatore avrebbe potuto dichiarare le donazioni irrevocabili, anche pel passato: esso avrebbe potuto farlo, nel senso che non è legato dall'art. 2 del codice; ma il giudice è legato da questo articolo; il giudice non può dunque ciò che può il legislatore; esso non può che ciò che vuole la legge; ora

---

(1) Vedi le sentenze in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 271.
(2) MAILHER DE CHASSAT, *Commentaire approfondi*, t. II, p. 250.

non v'ha alcuna ragione d'interesse generale che possa impegnare il legislatore a regolare il passato in questa materia: quindi s'esso non l'ha fatto espressamente, il giudice non può ammettere ch'esso l'abbia voluto (1).

226. L'art. 1912 del codice civile porta che il debitore d'una rendita costituita in perpetuo può essere costretto al riscatto della medesima, se cessa di adempire ai suoi obblighi per due anni. Sotto l'antica legislazione questa causa di risoluzione non esisteva. Si domanda se il debitore d'una rendita costituita prima della pubblicazione della nuova legge può essere costretto a rimborsarne il capitale, allorquando, sotto l'impero del codice, esso cessa per due anni di soddisfare le annualità maturate. Questa famosa quistione, dice Merlin, oggi è invariabilmente risoluta nel senso affermativo. La Corte di Torino cominciò coll'adottare la negativa. Chabot difese quest'opinione con molta forza, fondandosi sul principio che gli effetti dei contratti si regolano con la legge del tempo in cui sono stipulati. Merlin non contesta il principio, ma pretende ch'esso è modificato da quest'altro principio, non meno costante, che il legislatore può imporre a colui che ha un diritto convenzionale una condizione nuova che dipende da lui il compiere. Tale è la condizione stabilita dall'art. 1912; se il debitore non adempie ai suoi obblighi per due anni, esso non deve imputare che alla propria incuria la perdita che prova, poichè dipendeva da lui il compiere la condizione che la legge nuova stabilisce per la conservazione del suo diritto (2). Quest'opinione è stata consacrata da numerose sentenze, ed è adottata dalla maggior parte degli autori (3).

Noi ammettiamo il principio posto da Merlin, nel senso che il legislatore può imporre una condizione nuova per l'esercizio di un diritto nato da una convenzione anteriore; ma ci sembra che il grande giureconsulto ne faccia una falsa applicazione (4). Allorquando, nell'interesse dei terzi, il legislatore sottopone le ipoteche alla pubblicità, esso può estendere questa nuova formalità al passato, perchè è sempre in suo potere di regolare e modificare l'esercizio dei diritti, quando l'interesse generale lo esige.

Ma si tratta, nell'art. 1912, d'una formalità nuova per la conservazione d'un diritto? No, certo. Si tratta della risoluzione d'un contratto. Il codice ammette una nuova causa di risoluzione. Dunque la quistione è di sapere se le cause di risoluzione dei contratti sono regolate dalla legge nuova o dalla legge

---

(1) Vedi le sentenze in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 297-299.

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 3, num. 11.

(3) Vedi la giurisprudenza in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 273

(4) Questa è l'osservazione di MARCADÉ, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 43.

antica. Ciò non può formare oggetto di quistione: tutti son d'accordo per applicare la legge del contratto.

Vi sono altre ragioni che giustificano l'opinione generalmente seguita? La Corte di cassazione dice, nella sua sentenza del 5 luglio 1812, che è sempre nel potere del legislatore di modificare per l'avvenire il modo d'esecuzione dei contratti. La Corte di Rouen dice anche che il legislatore è sempre padrone d'imporre alla negligenza del debitore quella pena ch'esso giudica conveniente (1). Senza dubbio il legislatore lo può, ma lo può il giudice, quando il legislatore non ha espressamente dichiarato ch'esso intendeva regolare il passato? Tale è la vera difficoltà. Ebbene, nel silenzio della legge, il giudice non può che ciò che il legislatore si presume volere. Ora, noi domandiamo, ov'è la ragione che possa indurre il legislatore a introdurre una nuova causa di risoluzione nei contratti stipulati sotto l'impero d'una legge antica? Noi non ne conosciamo che una sola ch'esso potrebbe invocare, cioè l'interesse generale. Merlin parla dei nuovi bisogni della società. La Corte di Bruxelles dice « che l'art. 1912 tende a coordinare il tutto in un nuovo sistema generale ch'esso stabilisce nell'interesse generale dello Stato, adattandovi le cose particolari che, senza di ciò, non sarebbero più in armonia col sistema generale » (2). Tutto ciò è ben vago. Che è questo *interesse dello Stato* e questi *nuovi bisogni della società?* Lo si cerca invano. Vi è una prova decisiva che non v'ha alcun interesse sociale in causa, cioè che le parti contraenti possono derogare all'art. 1912, e dichiarare che il contratto non sarà più risoluto per la sola mancanza di pagamento delle annualità maturate pel corso di due anni. Poichè le parti possono ritornare all'antico diritto, malgrado l'art. 1912, è certo che la legge nuova non è di interesse generale. Si tratta semplicemente d'una clausola che il legislatore sottintende in un contratto, supponendo che tale è l'intenzione delle parti; ma il legislatore presume ciò che le parti vorranno in avvenire, e non quello che hanno voluto, ed esso permette di volere il contrario di ciò che presume. Dove dunque sarebbe la ragione per dichiarare risolubile pel passato un contratto che le parti hanno voluto fare non risolubile e che esse possono ancora fare non risolubile per l'avvenire? (3).

No, dice Duvergier, qui non si può invocare la legge del contratto; questa legge regola, per vero, gli effetti ordinari delle convenzioni, ma non le conseguenze che risultano dall'infrazione

---

(1) Sentenza del 27 febbraio 1829 (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 295).

(2) Sentenza della Corte suprema di Bruxelles dell'8 maggio 1820, sedente come Corte di cassazione. La giurisprudenza delle Corti del Belgio è sempre nel medesimo senso. Vedi sentenza della Corte di Bruxelles del 30 ottobre 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 28), e della Corte di Liegi del 9 dicembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 197).

(3) Questa è l'osservazione di Valette in Proudhon (*Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 67).

dell'una delle parti. Si concepisce che il debitore pensi, al momento in cui esso contratta, al caso in cui mancherebbe ai suoi obblighi? Non sarebbe lo stesso che dire ch'esso si riserva di mancarvi? Ciò è assurdo (1). Noi abbiamo anticipatamente risposto alla obbiezione. No, evidentemente, le parti non pensano, contrattando, che esse mancheranno ai loro obblighi; tuttavia esse debbono prevedere che ciò potrà avvenire, poichè infatti avviene tutti i giorni. In questa previsione, non bisogna ch'esse sappiano quali saranno le conseguenze dell'inadempimento delle loro obbligazioni? Sovente esse le scrivono nei loro contratti; prova che vi pensano. Ma esse non hanno bisogno di scriverle; il legislatore lo fa per esse, e queste clausole tacite hanno il medesimo effetto che le clausole espresse. Quindi si tratta di diritti convenzionali che il legislatore deve rispettare e che si presume rispetti, poichè non ha alcuna ragione di alterarli.

N. 5. - Prova, esecuzione e procedura.

227. Gli autori s'accordano nell'insegnare che il modo d'esecuzione dei contratti è regolato, non dalla legge ch'era in vigore quando le parti hanno contrattato, ma da quella ch'esiste al momento in cui esse procedono all'esecuzione delle loro convenzioni (2). Questo principio ha un fondamento razionale. Non sono le parti che eseguiscono, è il potere pubblico che presta loro il suo appoggio per ottenere l'esecuzione forzata delle obbligazioni che risultano dai contratti. Ora, dal momento che lo Stato interviene, spetta ad esso regolare le condizioni sotto le quali vuole intervenire, nonchè le forme del suo intervento. Ciò è di diritto pubblico e non di diritto privato. Quindi le parti non hanno alcun diritto da opporre al legislatore, quando esso modifica il modo d'esecuzione dei contratti. Esse potrebbero tutt'al più invocare il loro interesse, ma l'interesse privato cede innanzi al diritto dello Stato.

228. Un contratto è stato stipulato nella forma autentica, sotto la consuetudine di Parigi, la quale non permetteva al creditore di metterlo a esecuzione contro gli eredi del debitore che dopo averlo fatto dichiarare esecutivo contro essi da un giudicato. Il codice civile muta il modo d'esecuzione; a termini dell'art. 877, i titoli esecutivi contro il defunto sono del pari esecutivi contro l'erede personalmente. È stato giudicato dalla Corte di Parigi che il creditore poteva giovarsi della legge nuova (3).

---

(1) DUVERGIER, *Traité du prêt à intérêt*, n. 359.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 10.
(3) Sentenza della Corte di Parigi del 9 vindemiale anno XI (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 362).

229. L'applicazione del principio soffre qualche difficoltà quando si tratta dell'arresto personale. È stato giudicato che uno straniero poteva essere arrestato in virtù della legge del 10 settembre 1807, per un debito contratto prima ch'essa fosse pubblicata (1). Vi era un motivo di dubitare: lo straniero non poteva dire ch'esso aveva contrattato sotto l'impero d'una legge che gli assicurava la libertà della sua persona, e che non avrebbe contrattato se avesse preveduto d'impegnare la sua libertà? Ciò può essere verissimo, ma non impedisce al legislatore d'introdurre un modo d'esecuzione che crede necessario per guarentire i diritti degl'indigeni, e d'applicare questo nuovo modo al passato. È precisamente perchè è in causa la libertà, che la legge nuova è d'ordine pubblico; quindi, essa deve regolare il passato come il presente.

Ma è d'uopo ancora affermare che, se una legge nuova abolisce l'arresto personale, essa giova anche ai debitori i quali, in virtù della legge antica, vi erano sottoposti. Noi siamo sorpresi che Duvergier sostenga il contrario (2). Senza dubbio, le parti han contratto sotto la fede d'una legge che autorizzava il creditore ad imprigionare il debitore. Vuol dire per questo che il creditore abbia un diritto all'arresto del debitore, e che il legislatore non glielo possa togliere? Se il legislatore abolisce l'arresto personale, gli è perchè esso nega che il creditore abbia un diritto sulla libertà del debitore. E vuolsi che sotto una legge che proclama che il debitore non impegni la sua libertà, un creditore possa incarcerare il suo debitore! Tanto varrebbe dire che se una legge abolisce la schiavitù, essa lascerebbe gli schiavi nelle catene! Non v'ha alcun diritto contro la libertà.

230. I modi di prova sono regolati dalla legge ch'era in vigore all'epoca del contratto (3). Questo è un diritto convenzionale che una legge nuova non può modificare che per l'avvenire. Ciò non è dubbio, quando il modo di prova non concerne che l'interesse delle parti. L'art. 1325, che stabilisce delle nuove formalità per la validità delle scritture constatanti convenzioni sinallagmatiche, non può essere applicato ai contratti stipulati prima della pubblicazione del codice civile (4). Noi crediamo che il legislatore stesso non avrebbe potuto dichiarare questa disposizione applicabile alle scritture redatte sotto la legge antica; poichè, privando le parti d'una prova legale, della sola prova ch'esse hanno, toglierebbe loro indirettamente i diritti ch'esse

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 22 marzo 1809 (DALLOZ, alla parola *Cautionnement*, n. 557).

(2) DUVERGIER, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*.

(3) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 16 marzo 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 195).

(4) Questa è l'opinione generale. Vedi gli autori citati in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 335, e la giurisprudenza (*ibid.*, n. 250).

ripetono dal loro contratto, perchè esse sarebbero nell'impossibilità di fornirne la prova.

Ma come bisognerebbe decidere se il legislatore proibisse in modo assoluto la prova testimoniale, fondandosi sul danno delle false testimonianze? Potrebbe esso in nome dell'interesse generale, in nome della pubblica moralità, interdire la prova per testimonii anche pel passato? Noi non lo crediamo; se l'interesse generale domina sull'interesse privato, esso si ferma là ove incontra un diritto; ora, per difetto di prova, il diritto può perire. Dunque, togliere la prova è togliere il diritto. Ciò decide la quistione.

231. Non bisogna confondere i modi di prova con le forme stabilite da una legge nuova per somministrare la prova in giudizio. Le forme appartengono alla procedura, esse sono di diritto pubblico, e in conseguenza il legislatore può sempre modificarle. Ciò non vuol dire che la legge nuova possa annullare gli atti fatti sotto l'impero della legge antica. A rigore, senza dubbio, il legislatore lo potrebbe, poichè in questa materia non v'ha diritto acquisito, non v'ha diritto di proprietà di alcuno; ma il legislatore non deve tutto ciò che può. È il caso d'applicare il principio che gli atti conformi alla legge debbono essere mantenuti, non solamente nell'interesse dei privati, ma anche per tutelare l'autorità della legge. Quanto agli atti nuovi, essi debbono farsi nelle forme che prescrive la legge che esiste allorquando son fatti. Numerose sentenze hanno deciso così; noi ci limiteremo a citare la sentenza della Corte di cassazione del 25 febbraio 1807, pronunciata sulle conclusioni di Daniels. Il codice civile regola le forme in cui deve farsi la prova della lesione, allorquando il venditore impugna una vendita con questo mezzo (articoli 1678, 1679). Bisogna che l'istante le osservi, allorchè la vendita è stata fatta prima della pubblicazione della legge nuova? L'affermativa non ammette alcun dubbio (1).

Il codice di procedura contiene tuttavia una disposizione che sembra contraddire al principio formulato dalla Corte di cassazione, « che nella redazione degli atti si devono sempre seguire le forme prescritte dalle leggi allora in vigore ». A termini dell'art. 1041, ogni causa che fosse cominciata dopo il 1° gennaio 1807 doveva essere istruita conformemente alle disposizioni del nuovo codice; ciò che significa ben chiaramente, dice Merlin, che nelle cause cominciate prima di quest'epoca si doveva continuare a seguire le forme prescritte dalle leggi antiche. L'articolo 1041 è l'applicazione d'un principio generale in materia di procedura, o è un'eccezione? Meyer vuole che esso sia la regola. La procedura, egli dice, non può essere un'accozzaglia incoerente di atti fra i quali non vi sia alcuna connessione; essa deve, al contrario, e la sua natura medesima lo esige, far

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 7, n. 1 e 2; Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 335 e 337.

derivare gli atti susseguenti da quelli che li precedono, e di cui non sono che lo sviluppo; sarebbe dunque assurdo introdurre una nuova forma nelle cause già pendenti, e di dedurre dai primi atti della causa delle conseguenze che non potevano esservi comprese, che neppure potevano essere prevedute (1). Niente di meglio, come consiglio di prudenza indirizzato al legislatore, e tale è anche lo spirito con cui è stato redatto l'art. 1041. Ma non è meno vero che questa è un'eccezione: in mancanza d'una disposizione espressa il giudice dovrebbe applicare la legge nuova. Invano s'invocherebbe il principio della non-retroattività. Questo principio suppone dei diritti appartenenti alle parti in causa; e può essere quistione d'un diritto che avrebbero i litiganti il seguire le tali forme piuttosto che le tali altre? Questa è l'opinione di Chabot (2), ed essa è condivisa da Merlin.

N. 6. - Prescrizione.

232. La prescrizione, quando è compiuta, forma un diritto acquisito, nel senso stretto della parola. Quando si tratta d'una prescrizione acquisitiva, la cosa è entrata nel dominio di colui che l'ha acquistata per possesso; ed una legge nuova non potrebbe togliergli questo diritto senza violare la proprietà. Se si tratta d'una prescrizione estintiva, il debitore è liberato; una legge nuova non potrebbe dare al creditore un'azione che è estinta senza togliere al debitore una parte dei suoi beni. Ciò vuol dire che il legislatore non può ritornare sopra una prescrizione compiuta. L'art. 691 del codice civile consacra un'applicazione di questo principio; esso dispone che lo stesso possesso immemorabile non basta più per istabilire delle servitù discontinue o non apparenti: ma esso ha cura d'aggiungere che non si possono impugnare le servitù di questa natura di già acquisite per prescrizione nei paesi ov'esse potevano acquistarsi in tal modo.

233. Le prescrizioni incominciate formano esse un diritto acquisito che il legislatore e il giudice debbono rispettare? Finchè la prescrizione non è acquisita, è evidente che il possessore e il debitore non hanno un diritto che sia nel loro dominio; il legislatore può dunque regolare le prescrizioni cominciate, come esso intende, senza ledere un diritto di proprietà. Ma v'ha di più. Nel silenzio della legge nuova, il giudice deve applicarla al passato; il legislatore regola il passato, in questa materia, per ciò soltanto ch'esso non limita espressamente le sue disposizioni all'avvenire. Infatti, la prescrizione è, per sua essenza, d'interesse pubblico. La prescrizione acquisitiva spoglia il proprietario nell'interesse dei terzi possessori, vale a dire per un interesse generale. Parimenti, la prescrizione estintiva spoglia

---

(1) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 13, 14 e 30.
(2) CHABOT, *Questions transitoires*, alla parola *Rescission*, n. 3 (t. III, p. 154).

il creditore, sempre per un interesse sociale, onde metter fine ai litigi. Coloro contro i quali corre la prescrizione, come coloro a profitto dei quali essa corre, non han dunque alcun diritto da invocare contro una legge nuova: poichè non è il loro diritto che il legislatore regola, ma il diritto della società. Da ciò segue che il giudice deve applicare la legge nuova alle prescrizioni cominciate, poichè tale è la volontà del legislatore.

Noi applichiamo questo principio all'usucapione come alla prescrizione estintiva. Duvergier stabilisce una distinzione la quale, a primo aspetto, sembra molto giuridica. Il possessore che ha cominciato a prescrivere, se non ha un diritto acquisito, ha per lo meno una di quelle aspettative gravi innanzi alle quali la legge s'arresta come dinanzi a un diritto perfetto. Colui, in favore del quale corre una prescrizione estintiva, non fa nulla per la sua liberazione, e il creditore non fa nulla per la conservazione del suo diritto. Il legislatore non ha dunque nulla a rispettare. In quella vece il possessore compie atti energici, reiterati, che dimostrano una volontà ferma e perseverante d'acquistare; sarebbe quindi ingiusto che una legge nuova gli togliesse il frutto della sua attività (1). La distinzione è più ingegnosa che solida. Nella usucapione, propriamente detta, ciò non è che una mera ipotesi alla quale la realtà dà ben sovente una smentita. Il possessore è di buona fede, vale a dire ch'esso si crede proprietario. Come dunque si può pretendere ch'esso faccia degli sforzi per divenirlo? Dopo tutto, è meno nell'inteteresse del possessore che nell'interesse generale che la legge organizza la prescrizione; quindi appartiene sempre al legislatore di modificare le condizioni delle prescrizioni cominciate, se l'interesse della società lo esige.

234. L'art. 2281 del codice civile sembra contrario al principio che noi abbiamo posto e che è generalmente ammesso. Esso vuole che le prescrizioni cominciate prima della pubblicazione della nuova legge sieno regolate conformemente alle leggi antiche. È un'applicazione del principio della non-retroattività? Bigot-Préameneu, l'oratore del Governo, lo dice nella esposizione dei motivi del titolo della prescrizione. « È soprattutto in materia di proprietà, egli dice, che si deve evitare ogni effetto retroattivo; il diritto eventuale risultante da una prescrizione cominciata non può dipendere da due leggi a un tempo stesso, dalla legge antica e dal nuovo codice. Ora, basta che un diritto eventuale sia annesso alla prescrizione incominciata, perchè questo diritto debba dipendere dall'antica legge, e perchè il nuovo codice non possa regolare ciò che gli è anteriore ».

L'oratore del Governo non si è accorto che il testo medesimo della legge di cui esso esponeva i motivi contraddiceva alla sua dottrina. Infatti, l'art. 2281 aggiunge: « Ciò non ostante, le prescrizioni incominciate, e per cui, secondo le leggi antiche, si

(1) Duvergier, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois.*

richiederebbero ancora più di trent'anni, dalla pubblicazione delle legge nuova, si perfezioneranno nel termine di trent'anni ». Se la prescrizione cominciata formasse un diritto acquisito, come dice Bigot-Préameneu, la legge antica dovrebbe essere applicata in tutto. Invece il legislatore la modifica; gli è dunque perchè crede che non v'ha alcun diritto acquisito in questa materia.

L'art. 691 è concepito nel medesimo senso: esso conserva le servitù *di già acquistate* mercè la prescrizione, quando queste sono discontinue o non apparenti; esso proscrive per ciò stesso ogni possesso incominciato, esso non riguarda dunque un simile possesso come un diritto acquisito.

Che significa dunque la disposizione dell'art. 2281? Essa non ha per iscopo di conservare dei diritti acquisiti; il testo stesso del codice lo prova. Essa è una di quelle misure che il legislatore prescrive per ben regolare la transizione da un ordine antico di cose ad uno nuovo. Quistione di prudenza legislativa. Ma guardiamoci dal trasformare una disposizione transitoria in una regola di diritto. L'art. 2281, lungi dall'essere un principio, è un'eccezione ai veri principii. Esso ha dato luogo a molte difficoltà che noi esamineremo nel titolo della *Prescrizione*.

N. 7. - Eredità.

235. Le successioni non aperte non conferiscono alcun diritto nè all'erede nè al legatario. Esse sono una semplice speranza che la volontà dell'uomo può annientare da un istante all'altro; a maggior ragione lo può il legislatore. Siccome esso è in presenza, non d'un diritto, ma d'una aspettativa revocabile, può regolare la trasmissione dei beni per via d'eredità come gli pare, non consultando che l'interesse sociale, il quale solo è in causa. Ciò è elementare. Bisogna tuttavia fare un'eccezione per la successione stabilita mediante contratto, che noi chiamiamo istituzione contrattuale. Essa deriva da un contratto; bisogna dunque applicare la legge che regola i contratti. L'instituzione contrattuale è irrevocabile, nel senso che la qualità d'erede accordata al donatario non può essere revocata dal donante. Quindi una legge nuova non gliela potrebbe togliere. È vero che il suo diritto non s'apre che alla morte del suo autore, ed è quindi condizionale. Ma poco importa, poichè i diritti convenzionali sono nel dominio di colui a cui essi appartengono come i diritti puri e semplici. È stato giudicato, in applicazione di questo principio, che l'istituzione contrattuale fatta sotto l'impero d'una consuetudine da una persona defunta dopo la pubblicazione del codice deve essere regolata, in ciò che concerne le disposizioni irrevocabili, dalla legge dell'epoca del contratto, e quanto ai beni che non erano irrevocabilmente acquisiti dall'istituito, dalla legge vigente all'epoca della morte (1).

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 12 luglio 1842 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 304.

236. Poichè il diritto dell'erede s'apre all'epoca della morte, è in questo momento ch'egli deve esser capace di raccogliere l'eredità. Se lo è, una legge nuova non può più togliergli il suo diritto, poichè la successione è entrata nel suo patrimonio; il legislatore stesso non potrebbe spogliarnelo. Il principio è elementare; ma nella sua applicazione ha dato luogo ad alcune difficoltà. Nell'antico diritto belga il legato fatto ad un fanciullo nascituro era valido, anche se esso nascesse o fosse concepito dopo la morte del testatore. L'art. 906 del codice civile, al contrario, dichiara incapaci di ricevere coloro che non sono nè nati, nè concepiti all'epoca dell'apertura dell'eredità. Può applicarsi senza retroattività la legge nuova quando il testatore è morto prima della pubblicazione del codice e che il legatario non è concepito che dopo? La Corte suprema di Bruxelles ha deciso che bisognava giudicare la quistione secondo il diritto antico; applicare l'art. 906, essa dice, sarebbe manifestamente farlo retroagire (1). A primo aspetto, ciò sembra evidente. Tuttavia Merlin ha ragione di criticare questa sentenza. Perchè il diritto entri nel patrimonio del legatario, bisogna che questo esista. Può trattarsi d'un diritto acquisito in favore di uno che non esiste? Si toglie un diritto a colui che non può possedere alcun diritto, per la semplice ragione che non esiste? Ciò fu benissimo stabilito da Meyer. Non potrebbe esservi retroattività in pregiudizio del legatario, poichè al momento in cui il diritto s'è aperto non vi era legatario (2).

237. È pure la legge che vige all'epoca della morte che regola i diritti degli eredi *ab intestato*. Colui ch'era incapace, secondo il diritto antico, può raccogliere l'eredità, se all'epoca dell'apertura una nuova legge lo dichiara capace. Le consuetudini escludevano le femmine a profitto dei maschi. Questo privilegio fu abolito dalle leggi emanate durante la Rivoluzione. Ne risulta che le donne escluse dalla legge antica hanno potuto raccogliere le eredità aperte sotto la legge del 17 nevoso anno II. Esse potevano esercitare questo diritto quand'anche avessero rinunziato alla successione dei loro genitori, poichè questa rinunzia era superflua; non era in virtù della loro rinunzia che esse venivano escluse, ma in virtù della consuetudine (3).

Al contrario, colui ch'era capace di succedere sotto l'antico diritto non può raccogliere l'eredità, se, al momento dell'apertura, la legge nuova lo dichiara incapace. La quistione si è presentata reiteratamente davanti alla Corte di Bruxelles. Essa ha deciso dapprima in senso contrario nel caso seguente. La consuetudine d'Ypres, conforme su questo punto alla maggior parte delle consuetudini della Fiandra, stabiliva la successibilità reciproca dei figli naturali, tanto in linea retta che colla-

(1) Sentenza del 27 novembre 1819 (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 5, n. 6).

(2) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 17.

(3) Vedi le sentenze citate in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 323.

terale, fra essi e i loro parenti dal lato materno. Questo diritto di successibilità è abolito dal codice civile; il figlio naturale non succede che ai suoi genitori che l'hanno riconosciuto. I figli naturali, nati sotto l'impero delle antiche consuetudini, hanno essi un diritto acquisito all'eredità dei loro parenti materni? La Corte di Bruxelles ha deciso in questo senso: sembrava ad essa che la legislazione nuova, fatta in vista di migliorare la condizione dei figli naturali, nulla togliesse a coloro il cui titolo esisteva precedentente. E ciò è vero, se vi era titolo. Ma la legge che chiama tali parenti all'eredità non conferisce loro alcun diritto, finchè la successione non è aperta a loro profitto; fino allora la legge può mutare l'ordine di successione senza retroagire. Ma, dice la Corte di Bruxelles, la consuetudine locale deve avere almeno altrettanta efficacia quanta può averne la legittimazione per lettere del Principe. Il confronto zoppica. Infatti la legittimazione assicura uno stato definitivo al figlio naturale; esso cessa d'essere naturale per divenire legittimo. Invece la consuetudine che gli dà un diritto di successibilità non gli conferisce alcun stato; esso resta naturale e sottomesso, come tale, a tutte le variazioni della legislazione. La quistione essendosi presentata nuovamente avanti alla Corte, fu decisa secondo i veri principii. La capacità di succedere è regolata dalla legge che è in vigore all'epoca dell'apertura della successione; quindi il figlio naturale non può più succedere ai suoi parenti materni, sotto l'impero del codice civile, quand'anche, sotto l'antico diritto, esso avesse potuto raccogliere delle eredità (1).

238. La successione testamentaria dà luogo a un'altra difficoltà. Bisogna che il testatore sia capace allorchè testa, ed è la legge che esiste in questo momento che determina la sua capacità o la sua incapacità, ma si deve combinare questo principio con quello che regola tanto la successione testamentaria come la successione *ab intestato*, vale a dire ch'essa non conferisce diritti se non alla morte del testatore. Nei paesi di diritto scritto una giovinetta all'età di dodici anni poteva far testamento. Il codice civile (art. 903) dichiara che il minore di sedici anni non potrà in alcun modo disporre. È la legge nuova che deve essere applicata ai testamenti fatti sotto l'antico diritto? No, se la testatrice è morta prima della pubblicazione del codice. Il testamento è regolato, in questo caso, dall'antica legge; vi ha un diritto acquisito in favore del legatario; il legislatore stesso non glielo potrebbe togliere. Ma come bisogna decidere se la testatrice è morta sotto l'impero del codice? Essa è allora colpita di incapacità dalla legge nuova. Si chiama questo far retroagire l'art. 903? No, poichè non v'ha diritto acquisito dal legatario prima dell'apertura dell'eredità (2).

(1) Vedi le sentenze in MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rètroactif*, sez. III, § 6, n. 1.

(2) MERLIN, *Repertoire*, alla parola *Effet rètroactif*, sez. III, § 1, n. 2.

In applicazione dei medesimi principii bisogna decidere che la legge, la quale dichiara capace di testare un individuo che n'era incapace sotto l'antico diritto, non convalida il testamento che aveva fatto nello stato d'incapacità. Meyer insegna il contrario, ma la sua opinione è rimasta isolata (1). Il testamento era nullo; vale a dire che il testatore non ha avuto il diritto di volere quello che ha fatto. Si può dire che, per ciò solo ch'esso acquista questo diritto, si presume che conferma il testamento? No, poichè si può anche supporgli la volontà contraria e dire che sapeva che il testamento era nullo, e ch'esso non vuol dargli alcun effetto. In altri termini, se esso vuole approfittare della capacità che gli riconosce la legge nuova, deve fare un nuovo testamento.

239. La maggior parte delle consuetudini davano all'erede puro e semplice, in linea collaterale, il diritto d'escludere l'erede beneficiario: il codice non riconosce più questa specie di privilegio. Una successione è aperta sotto la consuetudine di Parigi, e accettata col beneficio d'inventario prima della pubblicazione del codice civile: l'erede beneficiario potrà essere escluso da un parente che viene ad accettare la successione puramente e semplicemente? Vi ha qualche dubbio. Si può dire che, al momento in cui l'erede puro e semplice vuole escludere l'erede beneficiario, la legge non riconosce più questo diritto d'esclusione, e ch'egli non ha un diritto acquisito in virtù dell'antica legge, poichè non l'ha mai esercitato. L'opinione contraria è stata consacrata da una sentenza della Corte di Parigi, la quale, dice Merlin, riposa sopra ragioni che non ammettono replica. La soluzione dipende dal sapere se l'erede che accetta puramente e semplicemente sotto l'impero del codice era chiamato alla successione fin dal momento della sua apertura. Ora, sotto l'antico diritto, gli autori bandivano come dottrina incontestata, che il parente il quale si presenta come erede puro e semplice esclude il beneficiario, nel senso che si presume essere stato erede dall'istante della morte del testatore ed essere stato da questo, da quell'istante, investito della successione. Lebrun paragona l'erede beneficiario a un parente che si fosse posto in possesso dell'eredità e che fosse in seguito escluso da un parente più prossimo. Ciò è proclamare energicamente che l'erede il quale accetta puramente e semplicemente è chiamato a succedere dal momento dell'apertura della successione. Ciò decide la quistione. Poco importa il momento in cui accetta; non è all'epoca della successione che il suo diritto viene a nascere; esso rimonta alla morte del testatore (2).

---

(1) Meyer, *Principes sur les quistions transitoires*. Merlin, *Ibid*, sez III, 5. n. 3.

(2) Sentenza della Corte di Parigi del 15 maggio 1811 (Dalloz. *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 330). Questa è l'opinione di Merlin, *Répertoire* alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 6, n. 4.

240. I primogeniti avevano, in alcune cosuetudini, un privilegio che i padri stessi non potevano togliere loro. Una legge emanata durante la Rivoluzione applicò alle successioni il principio d'eguaglianza che formava la base del nuovo ordine di cose. La legge del 28 marzo 1790 ha tolto ai primogeniti il privilegio che concedevano loro le consuetudini? Non avrebbe potuto farlo, senza violare il diritto di proprietà, per le successioni aperte sotto l'impero dell'antica legge, quantunque vi fosse un interesse sociale in causa; ma l'interesse della società, per grave che sia, si ferma dinanzi ai diritti degli individui. Quanto alle successioni aperte dopo la pubblicazione della nuova legge, egli pure è certo che i primogeniti non avrebbero potuto più reclamare il privilegio consuetudinario. Invano avrebbero detto che essi avevano un'aspettativa certa e immutabile; si sarebbe risposto loro che un diritto di successione non aperto non è un diritto; che il legislatore il quale ha accordato loro il privilegio può anche toglierlo (1).

241. È lo stesso del diritto di devoluzione. Secondo parecchie consuetudini belghe, i figli d'un primo letto, il cui padre si rimaritasse, avevano il privilegio di detrarre, nella successione, tutti i beni di cui egli si trovava in possesso al momento della morte della loro madre. Questo è quello che si chiamava diritto di devoluzione. Questo diritto fu abolito dalla legge dell'8 aprile 1791. I figli, il cui padre s'era rimaritato sotto l'impero della legge antica, han conservato questo privilegio? Qui v'ha un motivo di dubitare che non esiste pel diritto di primogenitura, poichè i beni del padre erano devoluti ai figli del primo letto pel fatto del suo secondo matrimonio; da questo istante esso non poteva più nè alienarli, nè ipotecarli. Tuttavia bisogna rispondere che la legge nuova ha tolto il diritto di devoluzione, anche pel passato; infatti, quantunque i beni fossero devoluti ai figli del primo letto, il coniuge rimaritato non n'era espropriato prima della sua morte: era questo un diritto di successione che non s'apriva che alla morte del padre. La consuetudine del Limburgo lo dice in termini che meritano d'essere riportati: « Venendo a morire uno dei figli prima del superstite, è reputato un fiore senza frutto, e come se non fosse giammai stato »; in conseguenza le disposizioni ch'esso ha potuto fare dei beni devoluti « vengono a svanire *per non avere atteso il termine* ». La consuetudine aggiunge che « il superstite, nel caso sopravviva a tutti i suoi figli, è padrone dei suoi beni, come se non fosse stato mai colpito dal diritto di devoluzione ». Ciò prova che il diritto non era una successione anticipata, ma una semplice aspettativa, che non s'apriva che alla morte del coniuge rimaritato in favore dei figli ch'esistevano in questo momento. La legge poteva dunque abolire il di-

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 2, n. 4.

ritto di successione, come essa può abolire ogni diritto ereditario non aperto. Così è stato deciso dalla Convenzione Nazionale: consultata sulla quistione che noi abbiamo esaminata, essa decretò, il 18 vendemmiale anno II, che la legge del 1791 doveva applicarsi ai beni che, all'epoca della sua pubblicazione, erano colpiti di devoluzione nelle mani del coniuge superstite con figli (1).

242. Anche il diritto di domandare la separazione di patrimonii è regolato dalla legge ch'esiste all'epoca dell'apertura della successione. È questa legge che determina quali persone possono dimandare questo beneficio e quali ne sono gli effetti. Il principio è incontestabile, ma nella applicazione ha dato luogo a una quistione singolare. Il titolo delle *Successioni*, che regola la separazione dei patrimonii, è stato promulgato il 9 fiorile anno XI. Venne in seguito il titolo dei *Privilegi* e delle *Ipoteche*, promulgato l'8 germinale anno XII, di cui l'art. 2111 porta che i creditori i quali domandano la separazione dei patrimoni conservano, riguardo ai creditori degli eredi, il loro privilegio sugl'immobili della eredità mercè le iscrizioni fatte su ciascuno di questi beni entro i sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione. Un'eredità s'apre dopo la pubblicazione del titolo delle *Successioni*, ma prima di quella del titolo delle *Ipoteche*. Prima quistione: l'art. 2111 si applica a questa successione? Se la domanda in separazione era di già intentata allorquando la legge nuova è stata pubblicata, essa è regolata dalla legge antica; dunque l'art. 2111 non è applicabile. Ma se la domanda è fatta dopo la pubblicazione della legge nuova, l'articolo 2111 deve ricevere la sua applicazione. Le Corti di Tolosa e di Bordeaux hanno giudicato in senso contrario, fondandosi sul principio che le leggi non dispongono che per l'avvenire (2). Noi crediamo che non v'ha retroattività nell'applicare l'art. 2111 alle successioni aperte sotto l'antico diritto. La formalità dell'iscrizione che questo articolo prescrive è stabilita nell'interesse dei terzi, cioè nell'interesse generale; il legislatore può dunque assoggettare i creditori che domandano la separazione a compiere questa formalità. La nostra legge ipotecaria ha sottoposto alla pubblicità le ipoteche legali acquistate prima della sua pubblicazione; a più forte ragione il legislatore può imporre ai creditori l'obbligo di render pubblica la domanda in separazione fatta sotto l'impero della nuova legge. Esso non toglie loro alcun diritto, regola solamente l'esercizio del loro diritto, e siccome lo fa nell'interesse generale, può regolare il passato, e si presume che lo voglia, precisamente perchè v'ha un interesse generale in causa.

Vi sarebbe stato diritto acquisito se, prima della pubblicazione del titolo delle *Ipoteche*, l'erede avesse alienato gl'immo-

---

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Dévolution coutumière*, § 2.

(2) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 328 e alla parola *Succession*, n. 1416.

bili della successione, quand'anche i creditori avessero preso più tardi iscrizione in virtù dell'art. 2111. È quello che ha benissimo giudicato la Corte di Caen (1). Prima della pubblicazione del titolo delle *Ipoteche*, la separazione dei patrimonii era regolata dagli articoli 878, 880 del codice civile, per le eredità aperte dopo la pubblicazione del titolo delle *Successioni*. Ora, sotto questa legislazione la separazione di patrimonii non era un privilegio; era un diritto che i creditori tenevano in virtù del loro credito, un diritto che si conservava senza iscrizione, ma che s'estingueva per l'alienazione dell'immobile, se non era stato prima esercitato. Da questo istante l'acquirente era al coperto dalla loro azione, esso aveva un diritto acquisito da opporre loro. Invano i creditori avrebbero presa iscrizione dopo la pubblicazione dell'art. 2111; questo articolo non poteva togliere un diritto acquisito.

243. L'applicazione del principio della non-retroattività alla collazione ed alla riduzione ha dato luogo a difficoltà serie. Una donazione fra vivi è fatta a un successibile sotto una legge che lo dispensa di conferirla alla successione del donante. È esso obbligato di farne la collazione, se la successione s'apre sotto una legge che non ammette il donatario a succedere che conferendo ciò che gli è stato donato dal defunto senza clausola di privilegio? Gli autori sono divisi su questa quistione, e vi sono sentenze in vario senso. Chabot la decide col principio della irrevocabilità delle donazioni. La donazione tra vivi, egli dice, è irrevocabile: essa dev'esser dunque regolata in tutti i suoi effetti dalla legge ch'era in vigore all'epoca del contratto. Ora, la collazione concerne gli effetti delle donazioni; non è uno dei suoi effetti d'essere o no conferibile? Qui sta la sua esecuzione: essa deve esser conforme alla volontà del donante, e il donante ha voluto fare una donazione irrevocabile, poichè la legge sotto l'impero della quale esso ha donato non assoggettava la sua liberalità alla collazione (2).

Noi crediamo che la quistione non dev'essere risolta mediante il principio della irrevocabilità delle donazioni. Questo principio non concerne che le relazioni del donante e del donatario; esso significa che la liberalità non deve dipendere in nulla dalla volontà di colui che dona, poichè donare e ritenere non vale, ci dice un vecchio adagio. Ma l'irrevocabilità delle donazioni non impedisce ch'esse non sieno risolubili, quando sono soggette a collazione. Ora, chi determina quali donazioni sono soggette alla collazione? La legge qui concorre col donante. È

(1) Sentenza del 2 dicembre 1826 (Dalloz, alla parola *Lois*, n. 328.

(2) Chabot, *Questions transitoires*, alla parola *Rapport à succession*, § 1 (t. III, p. 29). Mailher de Chassat (*Commentaire*, t. I, p. 338 e seg.) e Demolombe (*Cours de Code civil*, t. I, n. 51) si sono schierati per questa opinione. Vi sono sentenze in questo senso (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Lois*, n. 295).

il legislatore che decide se l'erede deve la collazione; ma il donante può dispensarnelo, nei limiti della disponibile. Resta a sapere qual'è la legge che regola la collazione. È evidentemente quella che esiste all'epoca della morte, poichè è in questo momento che nasce l'obbligo della collazione. Quanto alla volontà del donante, essa deve manifestarsi nell'atto di donazione, poichè tutto è irrevocabile a suo riguardo dal momento che la donazione è perfetta.

Se è la legge esistente all'epoca dell'apertura della successione che decide quali donazioni sono conferibili, bisogna concludere con Merlin che è questa legge che bisogna sempre applicare? La successione aprendosi sotto il suo impero, egli dice, essa è padrona assoluta, essa può ammettervi chi le piace; essa può dunque dire al donatario: « Conservate la vostra donazione, voi ne avete il diritto; ma, se voi la conservate, non succederete » (1). Ciò ci sembra troppo assoluto. Senza dubbio, come dice la Corte di Bruxelles, è la legge in vigore all'epoca in cui s'apre una successione che determina le collazioni da farsi, e il successibile deve sottomettersi alle condizioni ch'essa gli impone, se vuole essere erede. Ma è la volontà sola del legislatore che regola le collazioni? Noi abbiamo notato che vi ha parte anche la volontà dell'uomo: il donante non può dispensare il donatario dalla collazione? Non basta dunque che la legge l'obblighi a conferire le liberalità ch'esso ha ricevuto, bisogna vedere ancora se non n'è stato dispensato dal donante.

Certo, se il donante avesse dispensato il donatario dalla collazione, la legge nuova, anche sottoponendo la liberalità alla collazione, rispetterebbe questa dispensa; noi supponiamo naturalmente ch'essa mantenga il diritto di dispensare il donatario dall'obbligo della collazione. Bisogna dunque vedere se una donazione fatta sotto l'impero d'una legge che non la dichiara conferibile non è, per ciò stesso, dispensata dalla collazione in virtù della volontà del donante. Non è un assioma che si sottintendono nelle convenzioni le disposizioni della legge che vi sono relative? Quando la legge stipula per le parti contraenti, queste non han bisogno di farlo. Allorchè dunque una donazione è fatta sotto una legge che non obbliga il donatario alla collazione, il donante non ha bisogno di scrivere la dispensa dalla collazione nell' atto, essa si trova scritta nella legge. In una parola, la quistione sta nel sapere se il donante ha voluto fare una donazione non conferibile; e tale è, ci sembra, la volontà di coloro che donano sotto una legge la quale non sottomette il donatario alla collazione. Ora, se il donante ha voluto fare una donazione non conferibile, la legge nuova non

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 8, n. 2. GRENIER (*Donations*, t. II, p. 458) e TOULLIER (t. IV, n. 454, nota 1) sono di questo avviso. Vi sono sentenze in questo senso (DALLOZ, alla parola *Lois*, n. 295).

può dichiararla conferibile, senza retroagire, senza togliere un diritto acquisito al donatario.

244. La legge accorda ad alcuni congiunti una riserva, che si chiama anche legittima; essa per ciò stesso proibisce di disporre di tutti i propri beni. Vi sono state grandi variazioni nella legislazione sul numero dei legittimarî e sull'estensione dei loro diritti. Da ciò quistioni transitorie difficilissime. Quale legge bisogna applicare? quella della morte o quella dell'epoca in cui il defunto ha disposto dei suoi beni? V'ha un caso nel quale non v'è alcun dubbio. La legge, che esiste all'epoca dell'apertura dell'eredità, dà una legittima ad alcuni congiunti; i beni che si trovano nella successione *ab intestato* non bastano per sopperire alla legittima, avendo il defunto fatto dei legati che sorpassano la disponibile; egli è certo che i legittimarii possono domandare la riduzione dei legati. Ma quale legge bisogna applicare? Evidentemente quella che è in vigore all'epoca dell'apertura dell'eredità. Infatti, i diritti dei legittimarii e dei legatari s'aprono al medesimo istante, alla morte del testatore; ora, in questo momento, è la legge nuova che determina la quota disponibile e la legittima. Poco importa sotto l'impero di qual legge il testatore ha disposto dei suoi beni; il suo testamento non avendo effetto che alla sua morte, si presume aver disposto allo istante in cui muore. Non si può dire che esso ha avuto l'intenzione di disporre conformemente alla legge esistente all'epoca del testamento, poichè esso sa che non dispone allora, ma non dispone che per l'epoca della sua morte; la sua volontà non può dunque essere che quella sotto l'impero della quale il testamento si apre. Quanto al legatario, esso non può giammai invocare alcun diritto contro la legge nuova, appoggiandosi sulla legge che esisteva all'epoca del testamento, poichè esso non aveva alcun diritto in virtù della legge antica, il suo diritto non si apre che sotto la legge nuova; è dunque questa legge che lo regola.

Gli autori e la giurisprudenza sono unanimi. Sotto la legge del 4 germinale anno VII il testatore non poteva disporre che d'una parte di beni, quando lasciava dei discendenti. Il codice civile (art. 913) aumenta la disponibile. Un padre dispone, a profitto dell' uno dei suoi figli, della quota disponibile, sotto l'impero della legge del 4 germinale; esso muore dopo la pubblicazione del codice. Secondo quale legge bisogna regolare la legittima? La Corte di Riom ha deciso che bisogna applicare la legge nuova, perchè il testamento non riceve esistenza che alla morte; è dunque la legge dell'epoca della morte che determina i diritti del legatario e dei legittimarii (1). Ciò non vuol dire che il testatore non possa estendere i diritti del legatario oltre la quota determinata dalla legge sotto la quale egli di-

(1) Vedi la dottrina e la giurisprudenza in DALLOZ, alla parola *Dispositions entre vifs*, n. 584-585.

spone; la sua volontà è sovrana, e se esso l'ha espressa, riceverà la sua esecuzione, nel caso in cui la disponibile aumentasse. Sarebbe altrimenti se la disponibile diminuisse: non appartiene al testatore oltrepassare la disponibile fissata dalla legge vigente al momento della morte: libero a lui donar meno, ma non può donare di più. La Corte di cassazione ha giudicato che, in ciò che concerne la quota disponibile, il testamento è regolato dalla legge esistente all'epoca della morte del testatore (1).

245. La quistione è più difficile quando i legittimarii, non trovando la loro legittima nella successione, domandano la riduzione delle donazioni fra vivi. Vi ha controversia e dubbio. Levasseur applica alle donazioni il medesimo principio che noi abbiamo stabilito per i legati; egli crede che è sempre la legge dell'epoca della morte del donante che regola i diritti dei legittimarii e per conseguenza la disponibile. La quota disponibile, egli dice, non può essere regolata che in questo momento; infatti essa dipende dalla legittima; ora la legittima è un diritto d'eredità, diritto che non si apre che alla morte. Al momento in cui il donante ha disposto tra vivi non vi era nè legittima nè disponibile. Non è dunque la legge di questo giorno che regola la quota di cui il donante può disporre; non è che al giorno della morte che si saprà chi è erede legittimario, e qual'è la porzione dei beni che la legge gli riserva (2). Questa opinione è seguita dagli autori della *Jurisprudence du code civil* (3). Vi sono anche alcune sentenze in questo senso (4). Ma l'opinione generale è che, per fissare la disponibile e la legittima, bisogna consultare la legge che era in vigore al momento della donazione. Tuttavia vi sono delle divergenze nell'applicazione del principio. Noi esporremo questa dottrina, salvo a fare in seguito le nostre riserve.

246. Prima ipotesi. La legge nuova accorda una legittima a congiunti che non ne avevano in virtù della legge che esisteva allorquando la donazione è stata fatta. Nell'antico diritto gli ascendenti non avevano legittima in danno dei coniugi dei loro figli; un figlio poteva dar tutto alla sua moglie, una moglie poteva dar tutto al suo marito, senza che suo padre, sua madre, nè i suoi avi potessero far ridurre queste liberalità. Il codice civile, al contrario, dà una legittima agli ascendenti (art. 915), ed essi possono farla valere contro ogni donatario senza eccezione. Secondo le nostre antiche consuetudinii, i figli naturali non avevano generalmente diritto che agli alimenti sulla successione del loro padre e madre: il codice dà loro un diritto di successione (art. 757) e per conseguenza una legittima. Gli ascendenti

(1) Sentenza del 2 agosto 1853 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1853, 1, 300).
(2) LEVASSEUR, *Traité de la quotité disponible*, n. 193.
(3) *Jurisprudence de Code civil*, t VII, p. 115.
(4) Vedi DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Dispositions entre vifs*, n. 595-599.

e i figli naturali possono domandare la riduzione delle donazioni fra vivi fatta sotto l'impero della legislazione antica? La maggior parte degli autori e la giurisprudenza si pronunziano senza esitare in favore dei donatarii. Questa opinione si fonda sulla irrevocabilità delle donazioni. Applicare la legge nuova alle donazioni fatte sotto la garanzia della legge antica, sarebbe, si dice, togliere ai donatarii un diritto di proprietà irrevocabile che è loro acquisito, che è nel loro dominio dal momento che la donazione è perfetta: ciò sarebbe dunque violare il principio della non-retroattività. Sarebbe lo stesso se le liberalità fossero state fatte sotto forma di una istituzione contrattuale. Invano si direbbe che l'istituito non ha che un diritto di successione e che questo diritto si apre solamente alla morte dell'istituente, se l'erede contrattuale gli sopravvive, che questo diritto è, per conseguenza, della medesima natura che il legato, e deve essere regolato dai medesimi principii. No, l'istituito ripete il suo diritto da un contratto, e questo diritto non può essergli più tolto, sia dalla volontà del donante, sia pure da una legge nuova. Dal momento che il diritto è irrevocabile, esso deve regolarsi dalla legge del tempo in cui il contratto è stato fatto; esso non può essere alterato in nulla da una legge posteriore. In base a questo sistema bisogna dire che il legislatore stesso non potrebbe dare un effetto retroattivo alla legge nuova, poichè ciò sarebbe togliere ai donatarii un bene che è nel loro dominio; sarebbe espropriarli, non per causa di pubblica utilità, ma nell'interesse privato dei legittimarii (1).

247. Seconda ipotesi. I legittimarii sono i medesimi, secondo la legge antica e secondo la legge nuova, ma la quota della legittima è aumentata. È così del nostro antico diritto e del codice civile: l'uno e l'altro accordano una legittima ai figli, ma la legittima antica era più debole di quella che il codice stabilisce sotto il nome di legittima. I figli possono ridurre le donazioni fatte sotto l'impero delle nostre consuetudini e conformemente all'art. 913 del codice? No, dice l'opinione generale, poichè è principio che la legge posteriore non può spogliare coloro che hanno un diritto irrevocabile in virtù d'un contratto; ora, tali sono i donatari e gli eredi contrattuali. Il loro diritto è irrevocabile, poichè essi lo tengono da una donazione irrevocabile per sua essenza. Egli è vero che essi debbono aspettarsi la riduzione, se il donante ha sorpassato la disponibile e ha posto mano alla legittima. Ma a quale legittima debbono attenersi? Naturalmente a quella che è stabilita, conosciuta al momento in cui contrattano. Non si può, dice Merlin, senza cadere necessariamente nel vizio di retroattività, diminuire i loro diritti in virtù d'una legge nuova. Invano Levasseur dice

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Réserve*, sez. VI, n. 8. Vedi gli autori e le sentenze citate in DALLOZ, alla parola *Dispositions entre vifs*, n. 600 e seguenti.

che il donatario doveva aspettarsi una legge nuova che aumentasse la legittima. Merlin risponde con una specie di disprezzo: « Se questo ragionamento fosse vero, non vi sarebbe retroattività, e questa parola dovrebbe essere cancellata da ogni legislazione. Parecchi penseranno, senza dubbio, che un donatario non poteva nè doveva aspettarsi una legge nuova, e che in generale si contratta sotto la fede della legge che regola il contratto. Ora, per tutti questi, l'opinione contraria sembrerà evidentemente fondata! » Le sentenze non sono meno decisive. La Corte di cassazione ha deciso, sulla requisitoria di Merlin, che le Corti d'appello, rifiutando di applicare il codice civile alle donazioni anteriori, avevano fatto *la più giusta applicazione* dell'art. 2 del codice (1).

248. Terza ipotesi. Cosa singolare! dopo avere affermato con tanta certezza il principio che la legge nuova non può regolare le donazioni anteriori, gli autori si dividono allorquando la nuova legge diminuisce la legittima o l'abolisce. Ve ne ha di quelli che restano logici sino alla fine, e che insegnano che il principio della irrevocabilità delle donazioni deve ricevere la sua applicazione in tutti i casi, tanto quando la riserva diminuisce come quando aumenta. A termini dell'art. 913 la legittima è di due terzi quando il padre muore lasciando due figli, e la disponibile del terzo. Un padre, sotto l'impero di questo articolo, dona la metà dei suoi beni. Viene una legge nuova che permette al padre di donare questa metá, fissando la legittima all'altra metà. Ciò non impedirà ai figli di ridurre le donazioni fatte sotto il codice, conformemente al codice, vale a dire al terzo. È la legge del contratto che fissa irrevocabilmente i diritti del donatario; una legge nuova non può ne aumentarli ne diminuirli. Tale è l'opinione di Chabot, seguito da Marcadé e Dalloz (2).

Merlin ha indietreggiato dinanzi alle conseguenze del principio ch'ei pone. Egli vi apporta un'eccezione, quando la legge nuova diminuisce la legittima o l'abolisce. La legge del 17 nevoso anno II accordava una legittima agli eredi collaterali; il codice non ne conferisce più in linea collaterale. Un parente collaterale potrebbe impugnare le donazioni fatte sotto la legge del nevoso, quando la successione s'apre dopo la pubblicazione del codice? No, dice Merlin. La legge del nevoso non permetteva di disporre che d'un decimo, quando il donante lasciava dei discendenti. Il codice aumenta la disponibile e diminuisce la legittima. Se il padre ha disposto sotto la legge del nevoso, è la legge del contratto che bisogna applicare, e i legittimarii potranno ridurre le donazioni in virtù di questa legge? No, risponde

(1) Sentenza del 9 luglio 1812 (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Réserve*, sez. VI, n. 8.

(2) Vedi le citazioni in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Dispositions entre vifs*, n. 637.

Merlin. È la legge dell'epoca della morte che deve ricevere la sua applicazione. Merlin dà quest'opinione come certa, e non si prende neppure la pena di motivarla. Egli si limita a citare un giudicato del tribunale di Loudun che ha deciso così. Il giudicato, pur proclamando il principio dell'irrevocabilità delle donazioni, dice che bisogna combinarlo col principio che regola la legittima. Questa non può essere domandata che dopo l'apertura della successione; il legittimario non ne è investito che dalla morte. Ora, le successioni sono regolate dalle leggi che esistono alla loro apertura; è allora solamente che si conosce se ha luogo una legittima, e il legittimario non può agire che in virtù della legge che regola la successione, poichè è questa legge che stabilisce il suo diritto. Da ciò segue ch'esso non può chiedere più di quanto questa legge gli accorda (1).

249. Vedendo Merlin, questa mente così giuridica, indietreggiare dinanzi all'applicazione del principio da cui egli parte, ossia che è la legge del giorno in cui la donazione si fa che fissa la disponibile, ci sono venuti dei dubbi sul principio stesso. Se il principio è giusto, non bisogna applicarlo a tutte le ipotesi? Che se le conseguenze alle quali esso conduce sono inammissibili, ciò non proverebbe che il principio è falso? Senza dubbio le donazioni sono irrevocabili, ma ciò non è vero, l'abbiamo già detto, che fra il donante e il donatario; l'irrevocabilità non impedisce che le liberalità fra vivi non debbano essere conferite, e in questo caso, lungi dall'essere irrevocabili, esse sono risolte. Del pari, non ostante la loro irrevocabilità, esse sono soggette a riduzione; in questo caso ancora esse sono risolte in tutto od in parte. Merlin confessa, ed ogni giureconsulto converrà con lui, che la riduzione è una risoluzione (2). Il che vuol dire che le donazioni son fatte sotto condizione risolutiva. Qual'è questa condizione risolutiva e d'onde deriva essa? Non vi sono altre condizioni risolutive, come dice Chabot, che quelle che vengono stipulate dalle parti o stabilite dalla legge. In materia di riduzione non può essere quistione di condizioni convenzionali, poichè la disponibile e la legittima non dipendono dalle convenzioni; i legittimarii vengono, al contrario, a risolvere dei contratti che le parti han voluto fare irrevocabili. Non può dunque trattarsi che d'una condizione risolutiva legale. È infatti la legge che stabilisce la legittima. Ma quale legge? Qui è il nodo della difficoltà.

Chabot risponde che la condizione risolutiva legale è quella che è scritta nella legge esistente al momento del contratto, legge alle quali le parti si sono necessariameute sottomesse (3).

---

(1) Una sentenza della Corte d'Orléans aveva deciso così; essa è stata cassata da una sentenza del 16 aprile 1862 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1862, 1, 275). La Corte si fonda, come sempre, sulla irrevocabilità della donazione.

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Effet rétroactif*, sez. III, § 3, art. 6.

(3) CHABOT, *Questions transitoires*, alla parola *Réduction*, t. III, p. 84.

Qui è, al nostro avviso, l'errore che ha trascinato la dottrina e la giurisprudenza. No, non è la legge del giorno in cui la donazione si fa che determina la legittima, e, per conseguenza, la disponibile, poichè la legittima è un diritto di successione, dunque un diritto eventuale, incerto, che potrà esistere, che potrà anche non esistere, tutto dipendendo dalla legge che sarà in vigore all'epoca dell'apertura dell'eredità: questa legge potrà aumentare la legittima, essa potrà anche diminuirla ed anche abolirla. Dunque, al momento in cui la donazione si fa, il donante e il donatario non sanno se vi sarà una legittima, essi ignorano quali saranno i diritti dei legittimarii. E si vuole che le parti si sieno rimesse alla legge che esisteva al momento della donazione! Poichè la donazione potrà essere risoluta in tutto o in parte dalla riserva, è la legge che fissa la legittima la quale determina la condizione risolutiva a cui la donazione è sottoposta; e questa legge è quella dell'epoca della morte.

Noi diciamo che le parti non sanno neppure, al momento in cui fanno la donazione, se vi sarà una legittima. La legge esistente al momento della donazione non apprende loro nulla a questo riguardo, perchè non è questa la legge che regolerà la legittima, se legittima vi ha, ma è quella che esisterà all'epoca della morte del donante. Supponiamo che il legislatore abolisca ogni legittima, o, come si è già visto, ch'esso dichiari che alcuni congiunti ai quali la legge accordava una legittima non ne avranno più. Il defunto ha disposto di tutti i suoi beni mediante istituzione contrattuale. Potranno i parenti, i quali avevano una legittima in virtù della legge in vigore all'epoca del contratto, ridurre questa donazione? Per far questo bisogna avere una qualità, bisogna essere legittimario; ora non vi sono più legittimarii. Con qual diritto dunque questi parenti ridurranno le donazioni fatte dal defunto? Eppure bisogna dar loro questo diritto, se si parte dal principio ch'è la legge esistente all'epoca della donazione che stabilisce la condizione risolutiva. Merlin ammette il principio, ma egli indietreggia innanzi alla conseguenza, e ne ha ben donde: poichè, se si applica il principio, bisognerà permettere ai parenti che non sono legittimarii di domandare la riduzione, vale a dire di chiedere una legittima! Vi sarà dunque una legittima senza che vi sieno legittimarii! Vi sarà una legittima sotto una legge che abolisce la legittima! Un principio che conduce a simili conseguenze può essere vero?

Noi abbiamo fatto una supposizione estrema, ma che si è già realizzata per i collaterali a cui la legge del nevoso accordava una legittima, mentre il codice civile gliela rifiuta. Supponiamo ora che la legittima diminuisca in virtù della nuova legge; la conseguenza sarà del pari inammissibile, ed essa ha, infatti, sgomentato Merlin. La legittima era della metà dei beni del donante al momento della donazione; all'epoca dell'apertura dell'eredità essa non è più che del terzo. È quello che è stato fatto, sebbene in altre proporzioni. I legittimarii verranno a ridurre le

donazioni in virtù della legge del contratto? Essi prenderanno dunque la metà per loro legittima, e ciò sotto una legge che non dà loro che il terzo! Con qual diritto ridurranno essi le donazioni alla metà? Essi sono legittimarii, è vero, ma non sono legittimarii che d'un terzo; al di là di questo terzo non sono più legittimarii, essi non sono che eredi. Possono forse eredi non legittimarii domandare la riduzione? Marcadé invoca il principio della non retroattività per giustificare questo singolare risultato. La donazione, egli dice, era valida solamente per metà; dunque i donatarii non hanno diritto che alla metà: bisogna, per conseguenza, permettere di ridurre questa donazione della metà; lasciar loro i due terzi in virtù della legge nuova è far retroagire questa legge (1). Noi rispondiamo che non può essere quistione di retroattività, perchè non v'ha diritto convenzionale che sia alterato, i diritti dei donatarii e dei legittimarii non essendo fissati che alla morte del donante.

Resta l'ultima ipotesi: la legittima aumenta. Qui si pretende che vi sarebbe retroattività necessaria, evidente, se si riducessero le donazioni in virtù di una legge nuova che diminuisse la disponibile. I donatarii, si dice, hanno un diritto irrevocabile, che la legge nuova non può loro togliere; quindi, essa non può diminuirlo, poichè diminuirlo è toglierlo in parte (2). È vero che il diritto dei donatarii non può esser loro tolto da una legge nuova? Si dimentica che la donazione non conferisce loro che un diritto risolutivo, quando vi sono dei legittimarii. Ora, chi determina l'estensione di questa condizione risolutiva? La legge, e quale legge? Quella ch'esiste al momento della morte. Allorquando il legislatore aumenta la legittima e diminuisce la disponibile non toglie alcun diritto, poichè non vi era che un diritto risolubile, e i donatarii sapevano che il loro diritto sarebbe risoluto in virtù della legge che potesse eventualmente esistere all'epoca della morte. Quando anche si supponesse che la legge nuova abolisse la disponibile, assegnando tutti i beni alla legittima, non vi sarebbe retroattività; poichè allorquando la donazione è risolubile, il donatario non ha diritto se non ai frutti, secondo il codice civile (art. 928); quanto alla proprietà, essa dipende dalla condizione risolutiva, e questa condizione è nelle mani del legislatore.

---

(1) MARCADÉ, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 40.

(2) Fu giudicato in questo senso dalla Corte di Montpellier, 21 gennaio 1851 (DALLOZ, 1851, 2, 204).

CAPITOLO V.

DELL'APPLICAZIONE DELLE LEGGI.

§ I. — *Principii.*

250. Gli articoli 4 e 5 del codice consacrano due regole sull'applicazione delle leggi che si potrebbero formulare in questi termini: il legislatore non dev'essere giudice, e il giudice non dev'essere legislatore. Queste regole derivano dal principio di diritto pubblico che separa il potere legislativo dal potere giudiziario. Per ben comprendere le conseguenze bisogna studiare il principio da cui discendono. Perchè colui che fa le leggi non le applica? Non è colui che fa la legge che meglio ne comprende lo spirito? Si potrebbe dunque credere, a prima vista, che il potere di giudicare e il potere di far la legge debbano esser riuniti nelle stesse mani. Tale era, infatti, l'ideale dei vecchi tempi. San Luigi che rende giustizia a piè d'una quercia è l'immagine e in certo modo la consacrazione di questa antica dottrina. Le nostre costituzioni moderne si sono scostate in questo punto, come in molti altri, dalla tradizione. Montesquieu ci dirà la ragione del nuovo ordine di cose.

Montesquieu incomincia dal dire in che consiste la libertà politica per i cittadini. È quella tranquillità di spirito che proviene dall'opinione che ciascuno ha della propria sicurezza. Perchè si abbia questa libertà, bisogna che il governo sia tale, che un cittadino non possa aver timore d'un altro cittadino. In conseguenza di questo bisogno innato negli uomini, e che agita soprattutto i popoli moderni, Montesquieu stabilisce la necessità della divisione dei poteri e segnatamente del potere legislativo e del potere giudiziario: « Non v'ha libertà, egli dice, se il potere di giudicare non è separato dal potere legislativo. Se esso fosse congiunto al potere legislativo, la potestà sopra la vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitraria, poichè il giudice sarebbe legislatore » (1).

251. Non si può dir meglio. I popoli, ai quali la libertà è cara, debbono vegliare a che i poteri non sieno confusi in una sola mano. Ma è solamente per un interesse di libertà che conviene che il potere di far la legge sia separato dal potere di applicarla? L'antico ideale che li confondeva è un falso ideale, poichè la necessità di separarli risulta dalla diversa natura delle loro funzioni.

Qual'è la funzione del legislatore? Esso non si occupa mai d'interessi puramente privati, esso li abbandona alla libera attività

(1) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, 6.

degl'individui; la sua missione è più alta, esso è chiamato a tutelare gl'interessi generali della società. Il conflitto degl'interessi privati fa nascere tutti i giorni contestazioni e liti. Chi le deciderà? Il giudice. Ma per deciderle gli occorrono delle regole, regole che sono stabilite dal legislatore. Si vede che i poteri sono differenti, perchè differenti sono le funzioni. Il magistrato non ha da preoccuparsi degli interessi generali della società; è una collisione d'interessi privati che conduce innanzi a lui dei litiganti; esso deve metter fine alle loro controversie con la sua sentenza. Nel pronunziarla, esso non pondera gli interessi, non esamina se la causa dell'uno è più in armonia con l'interesse sociale che la causa dell'altro; esso applica una legge invariabile, la medesima per tutti, alla causa che gli è sottoposta.

Il legislatore, avendo per missione di tutelare l'interesse generale, deve aver l'iniziativa: è ciò un carattere essenziale del suo potere. Appartiene a lui di vedere se l'interesse della società esige che esso intervenga; non attende che le parti interessate reclamino il suo intervento, poichè non è a profitto del tale individuo che agisce, è a profitto di tutti. Il giudice, al contrario, non ha iniziativa; per giudicare di una causa bisogna che esso ne sia interpellato, poichè le parti possono, a rigore, fare a meno del suo ministero, transigendo, sottomettendo le loro dispute ad arbitri. Si vede come i due ordini di funzioni sono differenti. Il legislatore mancherebbe al suo dovere, comprometterebbe il bene della società e la sua stessa esistenza, se non prendesse un'ardita iniziativa per riformare e perfezionare. Mentre il giudice turberebbe la pace delle famiglie, se s'immischiasse, senza esservi chiamato, nelle contestazioni che le dividono.

252. Il legislatore agisce nell'interesse generale; quando esso parla, tutti gli interessi particolari debbono tacere: il diritto stesso dell'individuo cede davanti al diritto della società. È dunque dell'essenza della legge di obbligare tutti i cittadini; essa vincola anche il potere esecutivo e il potere giudiziario; questo legame che avvince tutti è nello stesso tempo una garanzia per tutti. Non è nè per un individuo, nè contro di lui che una legge è emanata; essa giova a tutti, come obbliga tutti; se essa è assoluta, è anche imparziale. Il giudice procede precisamente all'opposto. Esso è in presenza d'interessi che sono in collisione; dà ragione all'uno, torto all'altro, ma la sua decisione non oltrepassa i limiti della causa che gli è sottoposta: essa nè giova nè nuoce a coloro che non sono stati in causa. Se il giudicato avesse un effetto generale, come la legge, getterebbe la confusione negli interessi privati, poichè colpirebbe coloro che non han potuto far valere il loro diritto. Può avvenire che il legislatore leda interessi particolari: ma ciò non è un male, è la condizione della riunione degli uomini in società,

che ciascuno debba sacrificare il suo interesse individuale all'interesse generale; ma nessuno deve fare il sacrificio del proprio interesse all'interesse di un altro individuo. Ecco perchè il giudizio non può avere effetto che tra le parti che sono in causa.

Infine il legislatore, agendo nell'interesse generale, deve avere il diritto di mutare, d'abrogare le leggi che fa; ciò è un dovere per lui dal momento che l'interesse sociale lo esige. Il giudice non può ritornare sulla sua decisione. Contro il suo giudicato vi son dei ricorsi, nei casi preveduti dalla legge; ma questi ricorsi medesimi son limitati, e quando sono esauriti, la decisione definitiva è reputata l'espressione della verità e, come tale, irrevocabile. Se il giudice potesse ritornare sulla sua sentenza, non vi sarebbe più pace fra gli uomini, poichè le loro contestazioni non avrebbero più fine. Se il legislatore non potesse modificare le leggi, correggerle ed abolirle, la società s'immobilizzerebbe e perirebbe in questa immobilità.

Le funzioni del legislatore essendo sì differenti e talvolta sì opposte, non è naturale e logico di confidarle a poteri diversi? Così la separazione del potere legislativo e del potere giudiziario risulta dalla loro stessa natura e dalla loro essenza. Ciò giustifica anticipatamente le disposizioni del codice che sono una conseguenza di questo principio.

§ II. - *Conseguenze del principio.*

N. 1. - Il legislatore non deve essere giudice.

253. L'art. 4 dice che « se un giudice ricuserà di giudicare, sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia ». Perchè il giudice deve necessariamente giudicare, anche quando la legge è oscura, insufficiente o muta? Quando vi è una legge, per oscura che sia, l'obbligo che il codice impone al giudice è chiaro. È precisamente perchè le leggi sono spesso oscure che il ministero del giudice è organizzato: esso è chiamato ad interpretarle secondo le regole della scienza di cui fa lo studio della sua vita. Se la legge è chiara, non v'ha mestieri di processo, perchè, dice Portalis (1), non si litiga contro un testo preciso di legge. Non v'ha litigio se non quando v'ha dubbio per lo meno apparente. Il dovere del giudice è di porvi fine applicando la legge. Rifiutar di giudicare, allorquando la legge non è chiara e precisa, sarebbe realmente negare la giustizia,

(1) Portalis, Discorso pronunciato nella seduta del Corpo legislativo anno X (Locré, t. I, p. 272).

e negare la giustizia è mettere il disordine nella società. Infatti, qual mezzo si avrà per terminare le contestazioni degli uomini? Si abbandonerebbero i litiganti a sè stessi? Sarebbe come abbandonarli all'impero delle loro passioni, vale a dire alla violenza, e la società perirebbe in preda all'anarchia. Il giudice domanderà al legislatore che esso interpreti la legge? Sarebbe lo stesso che costituire il legislatore giudice. Egli è vero che vi son dei casi in cui il legislatore è chiamato a interpretare la legge, cioè quando i tribunali pronunziano decisioni contraddittorie, e che l'esperienza prova che l'oscurità della legge è tale, ch'essa dà luogo a litigi senza fine: allora il legislatore interviene per mettervi un termine mercè una legge interpretativa. Ma, prima di ricorrere al legislatore, bisogna che il giudice decida la controversia, per tentare di togliere la difficoltà mercè la via giudiziaria.

254. Il giudice deve giudicare anche quando la legge è insufficiente o muta. Quando vi è insufficienza, v'ha una lacuna nella legge, vale a dire che non v'ha legge, come quando v'ha silenzio della legge. Perchè, nell'assenza d'una legge, il giudice deve giudicare? A primo aspetto, si potrebbe credere che il giudice esce dalla cerchia delle sue funzioni quando giudica senza che vi sia una legge. Il suo ministero non consiste nell'applicare la legge? E quando esso giudica, nel silenzio della legge, non è lui che fa la legge nello stesso tempo che l'applica? Non sarebbe più conforme alla divisione dei poteri che il giudice segnalasse al legislatore la lacuna ch'esiste nella legislazione, e che si emanasse una legge per colmarla?

Sotto l'antico regime avveniva molto spesso, dice Merlin (1), che le Corti rinviavano le parti « a provvedersi presso il re » affine d'avere un'interpretazione della legge, dalla quale dipendeva la decisione della controversia sottoposta al loro esame. È questo il così detto ricorso al legislatore. Il giudice, prima di pronunziare sopra una quistione che gli sembra insolubile, a cagione dell'ambiguità o della insufficienza della legge, ordina che ne sia riferito al potere legislativo. La legge del 24 agosto 1790, titolo II, art. 12, sembrò che facesse un dovere al giudice di riferire al legislatore, nel caso in cui trovasse il senso della legge dubbio: essa porta che i tribunali s'indirizzeranno al Corpo legislativo tutte le volte che crederanno necessario d'interpretare una legge. Noi diremo più avanti, trattando della interpretazione, qual'era il vero scopo di questa legge. I tribunali ne abusarono per chiedere, prima di giudicare sulle contestazioni portate innanzi ad essi, l'interpretazione delle leggi, quando il senso sembrava loro dubbio. Così veniva ad essere sospeso male a proposito il corso della giustizia, e l'esercizio del potere giudiziario era in certo modo

---

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Référé au législateur*, n. 1-3.

delegato al potere legislativo. La Corte di cassazione cassò più d'una volta questi ricorsi; ma avvenne anche ch'essi furono accolti dal Corpo legislativo, che durante i torbidi della Rivoluzione concentrava in sè tutti i poteri.

255. Questo era un gran male; lo scopo dell'art. 4 è di prevenirlo. Vi era un vero diniego di giustizia nel rinviare le parti innanzi al Corpo legislativo. Infatti, il legislatore poteva non emanare alcuna legge. Che diveniva allora la contestazione? Il corso della giustizia era interrotto; e la giustizia non è essa il primo dovere della società? Che se il legislatore emanava una legge sul ricorso dei giudici, il male era ancora più grande, poichè ciò equivaleva a trasformare il Corpo legislativo in tribunale: la legge era nel medesimo tempo un giudicato, poichè essa decideva la causa per la quale era intervenuta. Portalis spiega benissimo gli abusi di ciò che egli chiama la disastrosa legislazione dei rescritti. Le leggi intervenute sugli affari privati sono sospette di parzialità, e sono sempre retroattive ed ingiuste, perchè esse decidono una contestazione, non secondo regole che le parti conoscevano, ma secondo una regola fatta per la causa, regola che le parti ignoravano, e sotto la quale forse esse non avrebbero contrattato. Se si ammettessero questi ricorsi al legislatore, essi si moltiplicherebbero all'infinito con grande pregiudizio dell'autorità e del rispetto di cui le leggi debbono godere. « Infatti, dice Portalis, la legge statuisce su tutti; essa considera gli uomini in massa, non mai come privati; essa non deve mischiarsi nei fatti individuali, nè nei litigi che dividono i cittadini. Se fosse altrimenti, bisognerebbe fare quotidianamente nuove leggi; la loro moltitudine conculcherebbe la loro dignità e nuocerebbe alla loro osservanza. Il giureconsulto non avrebbe più funzioni, e il legislatore, trascinato dai dettagli, in breve non sarebbe più che un giureconsulto. Invece di fare le leggi nell'interesse generale della società, esso le farebbe sotto l'influenza degl'interessi particolari che verrebbero ad assediarlo » (1).

256. Tutto ciò che Portalis dice dell'abuso dei ricorsi e dei danni che ne risultano è di una verità incontestabile. Dal momento che il giudice è chiamato a decidere d'una controversia bisogna che la decida. Esso non può rinviare le parti dicendo loro che non v'ha una legge che prevede la loro contesa. È impossibile che le leggi decidano tutte le difficoltà che si presentano: se la cosa fosse fattibile, si potrebbe far senza del ministero del giudice, poichè le parti non dovrebbero che aprire il codice per trovarvi la decisione del loro litigio. È appunto perchè non si possono regolare tutti i casi con le leggi che vi sono dei tribunali. Questi debbono terminare la controversia con una decisione; nulla di più evidente. Ma questa necessità, in cui tro-

(1) PORTALIS, *Discours préliminaire* (LOCRÉ, t. I, p. 158-159).

vasi il giudice di giudicare allorchè non vi ha legge, ha pure i suoi pericoli. Roederer li segnalò al momento della discussione del titolo preliminare al Consiglio di Stato. Non si vuole che il giudice ricorra al potere legislativo, temendo di trasformare il legislatore in giudice. Ma se si obbligano i tribunali a giudicare quando non v'ha legge, non si trasformerà il magistrato in legislatore? La confusione dei poteri che si paventa non sarà che spostata (1).

Si son date diverse risposte all'obbiezione. Il giudice, si è detto, non sarà mai legislatore. Infatti, che fa egli quando la legge è insufficiente? Il libro preliminare del codice rispondeva (titolo V, art. 11): « Nelle materie civili il giudice, in difetto di legge precisa, è un ministro d'equità ». Questo pensiero si trova nei discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato. Quando la legge è oscura, dice Portalis, bisogna approfondirne le disposizioni; se la legge manca, bisogna consultare l'uso o l'equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale, nel silenzio, opposizione, od oscurità delle leggi positive (2). Faure dice egualmente che, se la legge tace, i giudici debbono giudicare colle regole dell'equità, che consistono nelle massime di diritto naturale, di giustizia universale e di ragione (3). Quando il giudice ricorre all'uso, allora evidentemente esso non fa la legge, poichè anche l'uso è una regola positiva che il giudice applica come applica la legge. Ma è lo stesso quando ricorre all'equità o al diritto naturale? No certo, poichè questo diritto non è scritto in alcun luogo. Il giudice, si dirà, non ne è che l'organo, esso non lo crea; il diritto preesiste al giudicato; se non è scritto in un codice, esso è scolpito nella nostra coscienza. Ciò è vero, ma non si può dire la medesima cosa del legislatore? Neppure questi crea il diritto, quando fa la legge, esso è l'organo di questa giustizia universale che ha il suo principio in Dio. Allorquando dunque il giudice decide una contestazione nel silenzio della legge, esso procede come procede il legislatore, forma una regola che applica in seguito al litigio che è chiamato a decidere: non vi ha che questa differenza fra lui ed il legislatore, cioè che il giudicato non ha effetto che fra le parti, mentre la legge obbliga tutti i cittadini.

257. Noi arriviamo a questa conclusione, che il codice, vietando al giudice di ricorrere al legislatore, facendogli un dovere di giudicare, quando anche non vi fosse legge, non evità che l'uno degl'inconvenienti che risultano dall'insufficienza della legislazione: se il potere legislativo non è costituito giudice di una causa, per contrario il giudice diviene legislatore. Bisogna dire con Portalis che dei due mali gli autori del codice hanno

---

(1) Seduta del 14 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, p. 229, n. 20).
(2) PORTALIS, Discorsi preliminari (LOCRÉ, t. I, p. 159).
(3) Discorsi di FAURE, del 14 ventoso anno XI (LOCRÉ, t. I, p. 318).

scelto il minore. « Si deve temere meno l'arbitrio regolato, timido e circospetto di un magistrato, che può essere sindacato e che è sottoposto all'azione per prevaricazione, che l'arbitrio assoluto d'un potere indipendente che non è mai responsabile ».

Resta sempre che l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in certo modo una parte nell'esercizio del potere legislativo. Ogni qualvolta la legge è oscura o insufficiente, la decisione del giudice ha un carattere legislativo, nel senso che è esso che formola la regola prima di applicarla. È vero che questa regola non ha forza che pel giudicato, in causa del quale essa è scritta. Sta in ciò il freno salutare di cui parla Portalis. Ma se il giudice applica questa medesima regola alle nuove cause che son portate innanzi a lui, se questa regola è ammessa dagli altri tribunali, non otterrà essa, mercè queste decisioni ripetute, la forza d'una consuetudine, vale a dire la forza di una regola obbligatoria? Così, quantunque il nostro diritto sia codificato, quantunque le antiche consuetudini sieno abrogate, vi ha posto ancora per l'elemento consuetudinario, poichè nuove consuetudini possono formarsi in conseguenza del silenzio o dell'insufficienza delle leggi. Anche quando le decisioni dei tribunali non formano una vera consuetudine, esse hanno nondimeno una grande autorità come precedenti. Noi ne abbiamo visto un esempio memorabile nella materia degli statuti. Il codice serba il silenzio sullo statuto personale dello straniero. Ne risulta che la giurisprudenza sta creando tutta una dottrina sul diritto civile internazionale.

N. 2 - Il giudice non dev'essere legislatore.

258. Anche quando il giudice crea la regola che applica non esercita il vero potere legislativo, poichè il suo giudicato non ha l'effetto di una legge; la regola che pone non è che un motivo del suo giudicato, e questo motivo non ha alcuna forza obbligatoria, neppure per le parti, e molto meno ancora per i terzi e per la società. Il giudice non può pronunziare, per via di disposizione generale e di regolamento, sulle cause che gli sono sottoposte; l'art. 5 glielo proibisce. Questo divieto non fa che consacrare un carattere essenziale delle funzioni giudiziarie: il magistrato decide una causa, e la sua decisione è particolare; essa non lega che le parti in causa. Ciò è sì elementare e sì evidente, che non si comprende come il legislatore s'abbia preso la pena di dirlo. Per conoscere lo scopo e la necessità dell'art. 5 bisogna risalire all'antico diritto.

I parlamenti, dice Merlin, erano nel possesso immemorabile di fare degli *arrêts de règlement* sopra ogni sorta di materie; vale a dire che, nel decidere una contestazione che veniva loro sottoposta, ordinavano ai tribunali posti nella loro giurisdizione di seguire quella decisione negli affari che sarebbero portati

innanzi ad essi. Così i decreti regolamentari erano vere leggi; solamente erano leggi locali, non avendo essi forza obbligatoria che nella giurisdizione del parlamento dal quale erano emanati. Bisogna aggiungere che i decreti regolamentari si facevano « col beneplacito del re », nel senso che la loro autorità era subordinata alla volontà del re, il quale, sotto l'antico regime, era il solo legislatore. È ciò che il parlamento di Parigi proclamò nelle sue rimostranze del 1.° giugno 1767 a proposito del decreto del Consiglio che cassava il suo celebre decreto regolamentare del 17 maggio 1762 concernente le stipulazioni di beni privati.

« Il parlamento, esso dice, ha emanato, su tutte le parti della giurisprudenza, senza che i re l'abbiano disapprovato, un gran numero di queste decisioni solenni che son fatte sempre espressamente o tacitamente col beneplacito del re, sino a che egli non abbia statuito da sè stesso mediante una legge, quantunque questi decreti versino segnatamente sulle materie di diritto consuetudinario, come i suoi registri ne offrono molteplici prove, e prima e dopo la riforma delle consuetudini . . . L'esercizio della sua giurisdizione in questo campo si è realmente esteso sopra ogni sorta di materie » (1).

Bisogna aggiungere che i decreti regolamentari potevano essere impugnati, come i decreti fra privati, da coloro i cui diritti erano lesi. Fu sulla richiesta di una parte che venne cassato il decreto del 17 maggio 1762 di cui abbiamo parlato. Talvolta i parlamenti stessi li ritrattavano, sull'opposizione delle parti interessate. Ma fintantochè non fossero stati nè cassati dal Consiglio del re, nè ritrattati dalle Corti che li avevano emanati, essi erano eseguiti come leggi. Ed è questo uso tradizionale che l'art. 5 ha per iscopo di abolire.

259. Il divieto si trova già nella legge del 24 agosto 1790, tit. II, art. 12. Sotto l'antico regime i decreti regolamentari si concepivano; essi erano in armonia col diritto pubblico dell'epoca, se si può parlare di diritto pubblico quando il vero sovrano, la nazione, era senza diritto. I poteri erano confusi; il re aveva la pienezza del potere sovrano, ma l'eccesso stesso di questa onnipotenza trascinò i parlamenti ad impadronirsi di una parte del potere legislativo; essi s'arrogarono il potere di rifiutare la registrazione delle leggi quando sembravano loro contrarie all'interesse generale o ai privilegi delle provincie. Ciò era un'usurpazione. Lo stesso dicasi dell'uso dei decreti regolamentari. La loro emanazione era ancora un'usurpazione del potere legislativo. Questi decreti, dice il tribuno Faure (2), erano insieme e giudicati e leggi: giudicati per la

(1) Merlin, *Questions de droit*, alla parola *Arrêt de règlement*, § 1.
(2) Discorso di Faure, nel presentare il voto d'adozione del Tribunato, seduta del Corpo legislativo del 14 ventoso anno XI (Locré, t. I, p. 316 e seg.).

causa sulla quale statuivano, leggi per le quistioni simili o analoghe che potevano presentarsi in avvenire. Dal giorno, in cui il potere di fare la legge fu separato dal potere di applicarla, questa confusione doveva cessare. Essa è incostituzionale, continua Faure; il potere giudiziario non ha maggior diritto di fare delle leggi di quello che abbia il potere legislativo di emanare dei giudicati. Gli autori del codice avevano ancora un'altra ragione per proscrivere i decreti regolamentari. Essi formavano un diritto locale; i decreti emanati da un parlamento non avevano alcuna forza nelle giurisdizioni degli altri parlamenti. Sotto l'antico regime questa diversità di diritto non aveva nulla d'anomalo, poichè era proprio del diritto di variare all'infinito. Ma lo scopo degli autori del codice fu precisamente di mettere fine a questa diversità infinita da cui risultavano difficoltà senza numero. Quindi bisognava proibire ai tribunali di statuire per via di disposizioni generali e regolamentari.

260. Sotto un regime costituzionale i tribunali non pensano neppure ad usurpare il potere legislativo, come il Corpo legislativo non pensa ad usurpare il potere giudiziario. Le decisioni che noi riferiremo non sono decreti regolamentari propriamente detti: sono decisioni in forma di decreti regolamentari che oltrepassano i limiti del potere giudiziario (1). Tale è una specie di regolamento fatto dal tribunale d'Audenard, in data del 10 maggio 1833. Il decreto del 30 ottobre 1814 permette agli indigenti che vogliono maritarsi di sostituire l'atto di notorietà richiesto dall'art. 70 del codice civile con un estratto del registro delle parrocchie. Si presentarono alcune difficoltà nell'applicazione di questo decreto. Si domandava se gli estratti dovevano essere soggetti all'omologazione prescritta dall'art. 72; poi, che cosa bisognava intendere con la parola *indigenti*. Il tribunale prese una deliberazione motivata su queste due quistioni, e la inserì in un processo verbale firmato dal presidente e dal cancelliere. Questa decisione fu cassata, nell'interesse della legge, da una sentenza del 4 dicembre 1833, come violatrice dell'art. 5 del codice. Essa non era un vero decreto regolamentare, poichè il tribunale non decideva alcuna contestazione; esso non era stato adito per causa alcuna. Ma il tribunale non aveva meno violato l'art. 5 nell'emanare un regolamento generale che doveva ricevere la sua applicazione tostochè la difficoltà si fosse riprodotta. Il tribunale aveva ancora violato un altro principio che regola l'esercizio del potere giudiziario, prendendo una decisione senza essere chiamato legalmente a decidere d'una causa. Vi era dunque un duplice eccesso di potere che la Corte di cassazione credette di dover reprimere (2).

(1) Le decisioni prese sull'art. 5 del codice civile sono raccolte in DALLOZ, alla parola *Compétence administrative*, n. 71 e seg.; alla parola *Jugement*, numeri 159 e seg., ad alla parola *Lois*, numeri 442 e seg.

(2) *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation de Belgique*, 1833-1854, p. 78.

261. I tribunali possono essi rilasciare attestati constatanti che su tale quistione di diritto si segue nel Belgio la tal legge o la tal consuetudine? La Corte di Bruxelles si è dichiarata incompetente, con sentenza del 9 maggio 1832, ed a ragione. Secondo le leggi organiche dell'ordine giudiziario, i tribunali non sono istituiti che per giudicare le contestazioni particolari portate innanzi ad essi con una domanda regolare, quindi non hanno alcuna competenza per rilasciare questi attestati; l'art. 5 del codice lo vieta implicitamente, proibendo loro di pronunziare per via di disposizioni generali e regolamentari (1).

262. La giurisprudenza francese contiene un gran numero di sentenze colle quali la Corte di cassazione ha annullato dei giudicati o delle deliberazioni emanate dai tribunali di commercio. Non è che la giurisdizione commerciale abbia la minima pretensione d'imitare i parlamenti, ma ai commercianti che la esercitano, siccome non hanno fatto studii giuridici, avviene di oltrepassare i limiti di loro competenza senza che s'accorgano di commettere un eccesso di potere. Noi ne citeremo qualche esempio.

Il tribunale di commercio di Montauban dichiarò con un giudicato che i mediatori commerciali avevano in concorrenza con i periti il diritto di procedere alle vendite pubbliche. Non vi era processo pendente, non vi era nè attore in causa, nè convenuto. Il tribunale statuì in virtù di memorie pubblicate da persone che non erano neppur nominate, e statuì per via di decisione generale e regolamentare. Era questa una violazione non solamente dell'art. 5 del codice civile, ma del principio elementare che proibisce al giudice d'agire finchè non ne sia interpellato. La Corte di cassazione cassò il giudicato di Montauban (2).

Il tribunale di commercio di San Martino (isola del re) prese una deliberazione, colla quale protestò contro la condotta dell'autorità locale che non l'aveva invitato ad assistere all'inaugurazione del bacino; esso trasmise questa protesta al *maire* ed al prefetto e la fece inserire nei giornali. Si dimenticava così che i tribunali non hanno il diritto di biasimare gli atti dell'autorità amministrativa. Quando questi atti dan luogo ad una causa, essi hanno il diritto di esaminare se sono conformi alla legge, ma non è loro permesso di censurarli d'ufficio; essi non possono prendere alcuna decisione a questo riguardo, nè trascriverla sui loro registri. La Corte di cassazione cassò questa deliberazione (3).

---

(1) *Jurisprudence du XIX siècle*, 3 partie, 4832, p. 369.

(2) Sentenza del 13 maggio 1829 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Compétence administrative*. n. 74, 5.°).

(3) Sentenza del 17 gennaio 1842 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Jugement*, n. 159).

Il tribunale di commercio d'Algeri prese una deliberazione con la quale stabilì un corpo di mozzi, regolò il loro numero, le loro attribuzioni, e la tariffa dei loro salarii. Era questo un violare apertamente l'art 5 del codice Napoleone, statuendo per via di disposizioni generali e regolamentari. Con ciò veniva ancora ad essere disconosciuto il principio che proibisce al giudice d'intervenire finchè non è chiamato da una contestazione. La Corte di cassazione ha represso quest'eccesso di potere annullando le deliberazioni del tribunale (1).

263. Avviene talvolta che i tribunali fanno una specie di regolamento fra le parti che sono in causa. Allorquando non vi sono regolamenti provinciali sull'uso delle acque non navigabili, i tribunali, dice l'art. 645, debbono, decidendo la contestazione che è loro sottoposta, conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà. Ma i regolamenti giudiziari sull'uso delle acque differiscono grandemente dai regolamenti amministrativi. Questi han forza di legge ed obbligano, per conseguenza, tutti i rivieraschi, mentre i regolamenti fatti dal giudice non hanno effetto che fra le parti che sono state in causa. I regolamenti amministrativi possono essere sempre modificati, abrogati. Non è lo stesso dei regolamenti giudiziari. Il giudice non può farli che con un giudicato, vale a dire quando è chiamato a decidere una controversia, e non può riformare il suo giudicato.

N. 3 — Il giudice non può statuire per l'avvenire.

264. I tribunali sono stabiliti per giudicare le contestazioni che son loro sottoposte. Le loro decisioni versano dunque necessariamente su interessi esistenti ed attuali. Essi non hanno alcuna competenza per statuire su litigi futuri. Anzitutto perchè è impossibile che possano giudicare di una contesa che non esiste ancora, nè possono agire se non interpellati. Inoltre è impossibile al giudice di prevedere le circostanze nelle quali si produrrà la causa, se causa deve sorgere; gli è dunque impossibile di emettere un giudicato. Infine il magistrato non può giudicare senza sentire le parti; e come le sentirebbe allorchè non v'ha nè causa, nè parti? In questo senso, il giudice non può decidere per l'avvenire; vale a dire che esso non può decidere delle contestazioni che non esistono ancora. Se lo fa, oltrepassa i limiti del potere giudiziario. Il legislatore regola l'avvenire; non gli è permesso di regolare il passato. Il giudice regola il passato; non gli è permesso di disporre per l'avvenire.

---

(1) Sentenza del 25 giugno 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 1, 228). Confr. la sentenza del 16 marzo 1852 (Dalloz, 1852, 1, 127).

265. Vi sono dei casi in cui quest'eccesso di potere viola l'art. 5 del codice civile. Un tribunale è adito per una contestazione fra periti e agenti del demanio; esso decide che costoro non hanno il diritto di procedere alla vendita di effetti mobiliari. Ecco il litigio terminato, e qui s'arresta l'azione del giudice. Ma il giudicato aggiunge « che nell'avvenire i periti restano autorizzati a procedere alla vendita di effetti mobili di simil natura ». Questa disposizione non è più un giudicato. essa non concerne più le parti in causa, ma i periti in generale. Essa non versa sul passato; secondo le sue stesse parole essa abbraccia l'avvenire. Questa era una violazione dell'art. 5 e di tutti i principii che regolano la giurisdizione. La sentenza fu cassata (1).

Una sentenza della Corte di Colmar proibisce alla Compagnia della ferrovia da Strasburgo a Bâle « di trasportare, per l'*avvenire*, delle mercanzie al di fuori della linea e delle stazioni della ferrovia sulle vie laterali e trasversali, e ciò sotto pena dei danni ed interessi ». Questa disposizione versava sull'avvenire; la Corte non doveva giudicare di alcuna domanda quanto al passato. Quindi la decisione non aveva più carattere giudiziario; essa prendeva un carattere generale, il quale imponeva alla Corte di cassazione di annullarla (2).

266. Quando il giudice è chiamato a pronunziarsi sopra una domanda che concerne un fatto compiuto, può esso, condannando il convenuto, estendere la sua decisione all'avvenire? La Corte di cassazione ha decisa la quistione affermativamente nel caso seguente. Una sentenza della Corte di Parigi constatava, infatti, che la Compagnia della ferrovia dell'Est esercitava il commercio di carbon fossile, vendendo sul suo percorso i carboni che comprava alle miniere di Sarrebruck. Queste compre e vendite erano una vera speculazione che la Compagnia non aveva il diritto di fare, e che tornava di danno ai mercanti di carbon fossile. In conseguenza la Corte condannò la Compagnia ai danni ed interessi, e le proibì di continuare questo commercio. Quest'ultima decisione non violava essa il principio in virtù del quale il giudice non può stabilire per l'avvenire? La Corte di cassazione decise che l'art. 5 del codice civile non era violato, perchè il divieto di continuare un commercio dichiarato illecito risultava implicitamente dalla condanna ai danni ed interessi pronunziata contro la Compagnia (3). Ciò ci sembra un po' sottile e contrario al rigor dei principii. Senza dubbio la Compagnia, condannata ai danni ed

---

(1) Sentenza del 22 maggio (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Compétence administrative*, n. 74, 6.°).
(2) Sentenza del 7 luglio 1852 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1852, I, 204).
(3) Sentenza del 5 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, I, 348).

interessi per aver fatto un commercio che essa non aveva il diritto di fare, doveva attendersi nuove condanne se lo avesse continuato; ma appartiene al giudice il decidere anticipatamente, e per l'avvenire, che tale commercio è illecito? Non è questo decidere una contestazione che non è ancora nata? Non è vincolare il tribunale che sarà chiamato a deciderla quando nascerà? Il giudice non può statuire che sul passato.

267. Ciò non ostante la giurisprudenza ha stabilito così: La Corte di cassazione ha deciso che il giudicato che condanna una città a restituire dei diritti daziarii, indebitamente percepiti, può farle anche divieto di percepire i medesimi diritti per l'avvenire (1). La Corte è andata oltre. Se il giudice può imporre delle proibizioni per l'avvenire, esso può anche sanzionare queste proibizioni. Ciò fece la Corte di Parigi; interdicendo all'una delle parti di portare un nome rivendicato dall'altra, la condannò a pagare 50 franchi di danni ed interessi per ogni contravvenzione constatata. La Corte di cassazione approvò questa decisione, non essendo che la sanzione del divieto (2). Ciò è logico, ma la logica non sta qui contro il principio? Decidere nel 1859 che colui il quale nel 1860 prenderà il tal nome dovrà pagare 50 franchi di danni ed interessi, non è emettere anticipatamente un giudicato per un fatto futuro?

Su quest'ultimo punto la dottrina è in opposizione con la Corte suprema. Gli autori insegnano che, in caso di contraffazione di una invenzione privilegiata, i tribunali non possono pronunciare contro il contraffattore danni ed interessi per i fatti di contraffazione di cui si renderà colpevole nell'avvenire. « I fatti nuovi, dice Blanc, han bisogno di essere constatati ed apprezzati, e debbono formare oggetto di una nuova istanza » (3). La Corte di Parigi ha giudicato in questo senso, infirmando un giudicato del tribunale della Senna che aveva pronunciato danni ed interessi di 500 franchi per ogni contravvenzione al divieto fatto dal giudicato. Non può esservi condanna, dice la sentenza, per una contravvenzione che non esiste ancora (4). Egualmente decise la Corte d'Aix: « I tribunali, dice la sentenza, non essendo chiamati a statuire che su fatti compiuti, non possono pronunciare delle inibizioni con sanzione penale fissa e determinata » (5). Questa dottrina ci sembra incontestabile, ma bisogna essere logici nel sistema come la Corte di cassazione lo è nel suo; se il giudice non può aggiungere la sanzione ai suoi divieti, esso non può neppure stabilire dei

---

(1) Sentenza del 6 maggio 1862 (DALLOZ, 1862, I, 482).
(2) Sentenza del 6 giugno 1859 (DALLOZ, 1859, I, 248).
(3) ETIENNE BLANC, *De la contrefaçon*, p. 686. NOUGUIER, *De la contrefaçon*, n. 1042.
(4) Sentenza del 4 dicembre 1841 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Jugement*, n. 159).
(5) Sentenza del 25 febbraio 1847 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1847, 2, 85).

divieti per l'avvenire. Perchè la sanzione sia illecita, bisogna che lo sia anche il divieto. Approvare il divieto e respingere la sanzione è ammettere il principio e rigettare la conseguenza.

CAPITOLO VI.

DELL'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI.

268. Il codice civile non pone alcuna regola sull'interpretazione delle leggi. Vi era nel libro preliminare, redatto dagli autori del codice, un titolo su questa materia. Il legislatore ha creduto doverlo abbandonare alla scienza. Noi crediamo che sarebbe stato utile di formulare i principii che regolano l'interpretazione delle leggi. Essi avrebbero avuto, in bocca al legislatore, un'autorità più grande di quella che la dottrina e la giurisprudenza possono conferir loro. Vi ha nel codice un capitolo sull'interpretazione delle convenzioni (articoli 1156, 1164). Certo è più importante fissare il senso delle leggi che determinare il senso dei contratti, poichè i contratti dipendono dalle leggi. Noi tenteremo di colmare questa lacuna appoggiandoci sul *Libro preliminare* che stabilisce le regole fondamentali con una precisione ammirabile.

269. « Interpretare una legge, dice l'art. 2, è afferrarne il senso nella sua applicazione a un caso particolare ». L'articolo aggiunge che è spesso necessario d'interpretare le leggi. Anzi bisogna dire che ciò è sempre necessario. È farsi una falsa idea della interpretazione il credere che non bisogna ricorrervi che allorquando le leggi sono oscure o insufficienti. Se fosse così, si potrebbe credere che è l'imperfezione della legge che ne rende necessaria l'interpretazione. Da ciò al credere che è possibile di redigere le leggi in maniera da rendere l'interpretazione inutile non vi ha che un passo. Alcuni filosofi si sono cullati in queste illusioni. Ciò che è più singolare si è che vi sieno stati legislatori i quali le hanno condivise. Quando Giustiniano ebbe terminata la sua compilazione credè che la scienza del diritto fosse compiuta; temendo che qualche temerario legista non venisse a guastare la sua opera, sotto il pretesto di esplicarla, egli proibì di pubblicare dei commentari sui tesori di giurisprudenza che aveva raccolti. Certo, se si potesse sperare che un corpo di leggi soddisfacesse a tutti i bisogni della pratica, si sarebbe in diritto di nutrire questa speranza, anche se il legislatore non avesse fatto che trascrivere i lavori dei più grandi giureconsulti di cui la nostra scienza si onora. Ma si sa che l'esperienza dei secoli ha dato una solenne smentita ai sogni dei filosofi ed alle illusioni dei legislatori. Basta riflettere un istante sull'essenza delle leggi per

convincersi che la necessità della interpretazione risulta meno dalla oscurità o insufficienza loro che dalla loro natura.

270. Le leggi non possono prevedere tutte le difficoltà che si presentano nelle relazioni degli uomini. A rigore, si potrebbero raccogliere i casi sui quali è intervenuta una decisione giudiziaria, e quelli che gli autori hanno esaminato. Ma il giorno stesso in cui una simile raccolta comparisse, essa sarebbe incompleta. Infatti la varietà delle relazioni giuridiche è infinita, come la vita di cui esse sono l'espressione. Trovandosi il legislatore nell'impossibilità di portare una decisione particolare su tutte le controversie che nascono fra gli uomini, che mai gli resta a fare? Esso deve procedere, non per via di decisioni particolari, ma per via di decisioni generali. Ciò vuol dire ch'esso pone dei principii che il giudice deve in seguito applicare alle contestazioni che son portate innanzi a lui. Questa applicazione d'un principio a un dato caso è appunto l'opera dell'interprete. Ne risulta che l'interpretazione è una necessità permanente, quali che sieno i perfezionamenti che si apportano alla legislazione. I principii, per quanto si suppongano ben formulati, resteranno sempre astrazioni. Quando si tratta di dare vita a ciò che è astratto le difficoltà sorgono in folla. Spetta alla scienza dell'interprete il risolverle.

271. Vi son due sorta d'interpretazione, dice l'art. 2 del titolo V del libro preliminare: quella dottrinale e quella autentica. La prima si fa dai giureconsulti, non importa sotto qual forma, d'insegnamento, di scritti, di decisioni; essa non ha che un'autorità di ragione. La seconda si fa dal legislatore; essa risolve i dubbi con una disposizione generale od un comando; è una legge, e ha quindi la medesima forza obbligatoria d'ogni legge. Perchè a lato dell'interpretazione dottrinale vi ha un'interpretazione legislativa? La scienza può trovarsi impotente a chiarire i dubbi che offre il senso d'una legge. Bisogna allora che il legislatore intervenga per dissiparli; altrimenti questa legge sarebbe una sorgente inesausta di litigi. L'interpretazione legislativa è dunque un'eccezione, ed una rara eccezione. In generale, la scienza basta per fissare il senso delle leggi. E più essa si perfeziona, meno l'intervento del legislatore sarà necessario. A questo proposito nulla è più importante che stabilire principii certi sull'interpretazione delle leggi.

§ 1. - *Dell'interpretazione dottrinale.*

N. I. - Interpretazione grammaticale e interpretazione logica.

272. L'interpretazione che si fa per mezzo della dottrina si divide in interpretazione grammaticale ed in interpretazione logica: la prima ha per oggetto di fissare il senso delle parole di cui si è servito il legislatore: la seconda fa conoscere lo spi-

rito della legge, i motivi che han guidato i suoi autori. Savigny critica questa distinzione (1). Egli è certo che non bisogna intenderla materialmente, come se, per ispiegare la tal legge, si facesse ricorso all'interpretazione grammaticale, e si ricorresse invece all'interpretazione logica per applicare la tal'altra legge. Savigny ha ragione di dire che le due interpretazioni concorrono e che esse anzi si confondono. Di che si tratta infatti? Di ricostruire il pensiero del legislatore, di dire ciò che vuole nel tal caso. Come si arriva a scoprire la volontà di chi ha fatto la legge? Essa si trova scritta in un testo. È dunque, innanzi tutto, questo testo che bisogna studiare, meditare; è il testo che ci rivela l'intenzione del legislatore, poichè esso ne è l'espressione. Ma il testo soltanto non basta: è una formola astratta che bisogna vivificare, mettendola in rapporto con lo sviluppo successivo del diritto: la storia ci rivela il senso e la portata delle istituzioni giuridiche. Poi si può, nei governi rappresentativi, assistere alla formazione della legge; non è che il legislatore la crei; esso non fa che formolare le regole che gli forniscono la tradizione e la coscienza. Tale è il processo per cui si arriva a conoscere il senso della legge nella sua applicazione a un caso particolare. Non v'ha dunque che una interpretazione. Se se ne distinguono due, è per meglio indicare le vie per le quali si può scoprire il vero significato delle leggi.

273. Noi non diremo come si fa l'interpretazione grammaticale. Tutti coloro che studiano il diritto sanno che le parole di cui il legislatore si serve possono avere due significati, il senso volgare e il senso tecnico. Il primo è determinato dall'uso. Per la lingua francese il Dizionario dell'Accademia gode d'una grande autorità. Quanto al senso tecnico, esso si fonda ora nella legge, allorquando essa definisce alcuni termini, ora nella tradizione, ciò che ci riconduce di bel nuovo alla storia.

È inutile insistere su queste nozioni elementari. Ciò che importa di determinare è l'autorità che fa d'uopo annettere alla interpretazione grammaticale. Si supponga che il senso d'una legge sia chiaramente stabilito, che non resti alcun dubbio sul significato letterale del testo: si può, in questo caso, scostarsene? La quistione è capitale. Noi troviamo la risposta nel *Libro preliminare* del codice: « Quando una legge è chiara, non bisogna eluderne la lettera sotto pretesto di penetrarne lo spirito » (titolo V, art. 5). Noi vediamo che questa massima fu scritta in tutte le opere di diritto, e che fu scolpita su tutte le cattedre ove s'insegna giurisprudenza. Non ve n'ha altra che sia più evidente ed insieme più importante, non ve n'ha altra che gl'interpreti sieno più disposti a dimenticare. Quante volte non si sfrutta lo spirito della legge contro un testo chiaro e formale!

---

(1) SAVIGNY, *Corso di diritto romano*, t. I, § 33, p. 207 e seg.

quante volte si fa violenza alla lettera per far dire al legislatore il contrario di quel che ha detto, sotto il pretesto che non ha voluto dire ciò che ha detto realmente! Si trasgredisce, in una parola, la volontà del legislatore, fingendo di rispettarla, e si viola la legge col pretesto di interpretarla. Bisogna ritornare alla regola stabilita degli autori stessi del codice. Essa risulta dalla natura della legge.

Qual'è l'opera dell'interprete? Savigny ce lo dice, è di ricostruire il pensiero del legislatore. Ove bisogna cercare questo pensiero? È qualche mistero che bisogna chiarire? Niente affatto. Il legislatore ha preso cura di dire ciò che vuole, esso ha formolato il suo pensiero in un testo. Che è dunque la lettera della legge? È l'espressione del pensiero del legislatore. Quando la legge è chiara, noi abbiamo questo pensiero nettamente dichiarato, conosciamo l'intenzione del legislatore per la sua stessa bocca, abbiamo lo spirito della legge stabilito in modo autentico. Qual bisogno vi è mai di cercare questo spirito altrove? e con quale scopo lo si farebbe? Per trovare uno spirito diverso da quello che il testo ci rivela. Ma questo spirito è sempre problematico, più o meno dubbio: vi ha nelle quistioni controverse un'opinione che non si appoggi sulle discussioni, sulla tradizione? Si finisce dunque a scoprire uno spirito dubbio, e ciò non ostante si pone questa volontà incerta al di sopra della volontà certa, scritta in un testo non dubbio. Ciò non si chiama « eludere la lettera della legge sotto il pretesto di indovinarne lo spirito? » E quando l'interprete elude un testo chiaro, non cerca egli di porre il suo pensiero al di sopra del pensiero del legislatore? Esso fa, in realtà, la legge, mentre invece la sua missione si limita ad interpretarla.

Si dirà che il testo può non esprimere il vero pensiero del legislatore; che, se si vuole stare servilmente al testo, si avrà ciò che volgarmente si chiama l'interpretazione giudaica, vale a dire che a forza di rispettare il testo si viola il pensiero del legislatore, mentre è il pensiero che costituisce la volontà e, per conseguenza, l'essenza della legge. Nulla di più vero, quando il testo lascia anche solo il minimo dubbio; allora tutti diranno con i giureconsulti romani che non basta per conoscere la legge conoscerne le parole, ma che bisogna penetrare oltre la scorza per afferrare la vera volontà del legislatore (1). Ma noi supponiamo, come fanno gli autori del codice nel *Libro preliminare*, che la legge sia chiara, vale a dire che essa non lasci alcun dubbio sul suo senso letterale. Si può ammettere, in questo caso, che la lettera non risponda al pensiero del legislatore? Che cosa è la lettera se non la formola del pensiero? Dire che il pensiero è diverso da quanto sta scritto in un testo chiaro e

(1) L. 17, D. I. 3 (*De leg.*) « Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem ».

formale è accusare il legislatore d'una leggerezza che nessuno è in diritto d'imputargli; ciò infatti sarebbe lo stesso che dire che esso si è servito di espressioni che non rendono il suo pensiero. Può ciò supporsi in una materia così grave come è quella della compilazione delle leggi? Non si deve credere piuttosto che il legislatore ha ponderato le sue parole, e che, quando esso ha parlato chiaramente, è chiara del pari la sua volontà? E quando questa volontà è chiara, l'interprete può discostarsene?

Come dunque avviene che gl'interpreti fanno così spesso ciò che loro non è permesso di fare? Si parla di servilità, si dimentica che l'interprete è realmente lo schiavo della legge, nel senso che esso non può opporre la sua volontà a quella del legislatore; per meglio dire, esso non ha alcuna volontà di fronte alla legge, ha solamente il dovere di obbedire. Ci affrettiamo ad aggiungere che, se avviene agl'interpreti di eludere la lettera della legge, sotto pretesto di indovinarne lo spirito, non è che essi sieno animati da uno spirito d'inobbedienza. La loro intenzione è eccellente; essi vogliono far penetrare nei testi antichi lo spirito nuovo e i progressi che si compiono nella coscienza generale. Ma non basta che l'intenzione sia lodevole, perchè possa giustificare l'interprete. La sua missione è, non di riformare la legge, ma di spiegarla; esso deve accettarla con tutti i suoi difetti, se ne ha, salvo a segnalarli all'attenzione del legislatore. I nostri antichi andavano oltre, essi sentivano ben più che noi il sentimento del rispetto, e rimproveravano all'interprete, siccome un delitto, di voler essere più saggio del legislatore. Non sarà inutile di riportare le loro severe parole; esse avranno più peso che le nostre.

« Ove s'andrebbe, scriveva il presidente Bouhier, se fosse permesso ai magistrati di preferire, giudicando, ciò che essi immaginano essere più equo di ciò che è ordinato dal legislatore? È una stolta saggezza, diceva elegantemente il dotto D'Argentré, quella che vuole essere più saggia della legge ». Il rude legista del secolo XVI apostrofa siffatti giudici e indirizza loro questo giusto rimprovero: « Perchè pretendi tu giudicare la legge, tu che hai il dovere di giudicare secondo la legge? » In un altro luogo, parlando dei medesimi, dice d'essi con indignazione: « Fieri della loro pretesa saggezza, essi insultano alla legge, si formano una coscienza a sè per isfuggire alla legge: che abbandonino il loro seggio, se le leggi lor non convengono; o, se vi restano, che giudichino conformemente alla legge! ».

Il presidente Favre si leva con la medesima forza contro l'equità che l'interprete vuol mettere al di sopra della legge. « Nulla di più nocivo, egli dice, e niente di più funesto! Che diverrà la legge, se ciascun giorno si può scostarsi da essa sotto il pretesto dell'equità? Non è beffarsi del legislatore

l'eludere in siffatta guisa la sua volontà, e questa pretesa equità non merita di essere appellata *cervellotica?* » (1).

D'Aguesseau si avvicina ancor più al nostro ordine d'idee; si direbbe che le parole che noi qui trascriviamo sieno scritte pel secolo XIX (2): « Pericoloso istrumento del potere del giudice, audace per formare ogni giorno regole nuove, questa equità arbitraria si fa, s'è permesso di parlare così, una bilancia particolare ed un peso proprio per ciascuna causa. *Se essa sembra talvolta ingegnosa per penetrare nella intenzione secreta del legislatore, è meno per conoscerla che per eluderla; essa la investiga da nemico capzioso piuttosto che da ministro fedele; essa combatte la lettera per lo spirito e lo spirito per la lettera, e in mezzo a questa contraddizione apparente la verità sfugge, la regola sparisce, e il magistrato resta il padrone* ».

Profittiamo di queste severe parole dei nostri maestri. Noi non abbiamo più il rispetto dell'autorità che le distingue. La moltiplicità delle leggi che mutano tutti i giorni si concilia difficilmente col culto della legge. Resta sempre che, se l'interprete può e deve anche segnalare al legislatore le imperfezioni che scopre l'applicazione della legge, non gli è permesso di correggerle. Esso non è chiamato a fare la legge. La sua missione è più umile, ma grande ancora; pur rispettando la legge, esso prepara i mutamenti futuri, e contribuisce così al progresso del diritto.

La regola del *Libro preliminare,* che noi abbiamo commentato forse troppo lungamente, è stata proclamata più di una volta dalla Corte di cassazione di Francia. Essa ha detto con gli autori del codice che, allorquando una legge è chiara, senza oscurità nè equivoci, il giudice deve, per gravi che sieno le considerazioni che gli si possono opporre, applicarla tal quale è scritta (3). La riforma delle leggi appartiene al legislatore e non all'interprete; i giudici non possono scostarsi dal senso letterale, sotto pretesto di ricercare lo spirito della legge o di renderla più perfetta (4). I termini di queste sentenze indicano che v'ha dei casi in cui l'interprete può e deve ricorrere allo spirito della legge per ispiegare il testo. Ciò avviene quando la lettera lascia qualche dubbio. La cosa è troppo evidente. Ma non basta. Può darsi che la lettera, quantunque chiara, non esprima il vero pensiero del legislatore. Se ciò è provato, di certo lo spirito dovrà essere preferito al testo. Ma bisogna

---

(1) BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne,* chap. II, numero 48.

(2) Il presidente Favre nella sua *Jurisprudence papinienne,* tit. I, pr. 2. illat. 2.

(3) Sentenza del 3 gennaio 1826 (DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Dispositions entre vifs,* n. 807).

(4) Sentenza del 7 luglio 1826 (DALLOZ, alla parola *Exploit,* n. 424, 1).

che ciò sia provato, poichè certamente non è probabile che il legislatore, pur parlando chiaramente, dica il contrario di ciò che ha voluto dire. Se dunque ciò avviene, sarà una rara eccezione. Anche allora la lettera deve cedere allo spirito. Ma l'eccezione conferma la regola; la regola è dunque che la lettera chiara si identifica con lo spirito della legge.

274. Noi respingiamo dunque ciò che si dice l'interpretazione giudaica, che sacrifica lo spirito alla lettera. L'interprete deve sempre ricercare lo spirito della legge. In questo senso si potrebbe dire che ogni interpretazione è *logica*. Per chiaro che sia il testo, bisogna animarlo, vivificarlo, ricorrendo alla storia, alla discussione, ai lavori preparatorii; a più forte ragione ciò è necessario quando la legge è oscura. Portalis dice che i codici si fanno col tempo, ma che, a parlare propriamente, non si fanno mai. Ciò è vero del diritto in generale. Esso è uno degli aspetti della vita; esso si sviluppa dunque con la vita del popolo; come non si comprenderebbe, o si comprenderebbe male, lo stato politico d'una nazione, se si ignorasse l'origine e lo sviluppo delle sue istituzioni, così è impossibile conoscere il diritto moderno se si ignora il diritto antico. Il nostro codice è un'opera tradizionale, esso non ha fatto che consacrare, secondo le diverse materie, il diritto romano, il diritto consuetudinario e il diritto rivoluzionario. Da ciò la necessità indispensabile degli studii storici. Vi sono principii che il legislatore ha formulato in una riga senza entrare in alcun dettaglio: per esempio, l'azione pauliana (art. 1167). Bisogna, in questo caso, interpretarli giusta le fonti a cui li ha attinti. La quistione non è sempre così facile. Vi son due scogli da evitare. Non bisogna trasportare nel codice civile tutto ciò che gli antichi giureconsulti han detto, poichè gli autori del codice, pur seguendo Pothier e Domat, innovano spesso. Non bisogna inoltre scartare le antiche dottrine in nome delle nostre idee moderne, introducendo nei testi uno spirito che è loro estraneo. È quest'ultima tendenza che si ha più a temere, poichè è dessa alla quale noi cediamo più volentieri; se l'interprete non si tiene in guardia contro questo bisogno di progresso, esso finirà a farsi legislatore modificando la legge, facendole anche, se occorre, violenza. Esso deve segnalare le lacune, ma non appartiene a lui il colmarle; esso deve segnalare i difetti, ma non appartiene a lui il correggere l'opera del legislatore.

275. Le discussioni del codice presentano un carattere affatto particolare. Oggidì le Camere votano la legge e la discutono. Sotto la costituzione dell'anno VIII il Corpo legislativo votava le leggi senza discuterle. Il Tribunato, che doveva discuterle senza votarle, fu soppresso come corpo deliberante. Quindi la discussione si concentrò nel seno del Consiglio di Stato e nelle relazioni del Tribunato. Marcadé si meraviglia in

certo modo che gli autori consultino così poco i lavori preparatorii. Ciò è un torto senza dubbio, ma è un male anche il darvi troppo grande importanza, trasportando nel codice tutto ciò che è stato detto dal Tribunato o nel Consiglio di Stato. Anzitutto fa d'uopo rammentarsi che nè l'uno, nè l'altro facevano la legge; è il Corpo legislativo che la faceva, e questo era muto, non prendeva alcuna parte al lavoro preparatorio. Gli si comunicavano i processi verbali, che probabilmente non leggeva, sentiva i discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato ch'esponevano i motivi dei progetti di legge, poi esso votava regolarmente l'adozione. Come sapere, con questa maniera di procedere, quali sono le intenzioni del legislatore?

La discussione al Consiglio di Stato e le osservazioni del Tribunato conservano il loro pregio, senza dubbio, poichè ci fanno conoscere la storia della redazione. Vuol dire per questo che tutto quel che è stato detto nel Consiglio di Stato sia il commentario autentico del codice? Se fosse così, noi avremmo ben di sovente dei commentarii contradditorii. Non s'ha che a leggere le discussioni sopra una quistione controversa, e si sentirà ciascun partito invocare la discussione in suo favore. Infatti, le discussioni, quali noi le troviamo nei processi verbali, sono confusissime. Siccome non v'erano stenografi per raccoglierle, sarà avvenuto ciò che avviene nelle assemblee, in cui le parole degli oratori sono riassunte dai segretarii o dai giornalisti, che troppo spesso non comprendono la discussione. Da ciò quella vaghezza, quella incoerenza che colpisce il lettore, e che certo non sono fatte per illuminarlo. Nulla dunque di più saggio di ciò che dice Zachariae: « Non si saprebbe assimilare ad una interpretazione autentica le opinioni emesse nel seno del Consiglio di Stato, anche quando esse fossero state adottate » (1). Si può vedere, nell'opera di Delisle sull'interpretazione delle leggi, un esempio rimarchevole di ciò che dice il giureconsulto alemanno. Il Consiglio di Stato adottò l'art. 915, dopo una spiegazione dettagliata che uno dei consiglieri diede di detta disposizione Ora si trova che la spiegazione contraddice al testo (2). Che fare? Si è lasciata da parte la spiegazione per attenersi alla lettera chiara e formale della legge.

I discorsi degli oratori del governo offrono ancora minor garanzia. È vero che questi venivano scelti dal primo console nel seno del Consiglio di Stato: avevano dunque assistito alla discussione; meglio che altri essi dovevano conoscere il vero spirito delle leggi di cui esponevano i motivi. Perciò si leggeranno sempre con frutto i discorsi pronunziati da uomini superiori, come Portalis. Ma questi discorsi non hanno altra autorità che

(1) Zachariae, *Cours de droit civil*, t. I, § 31.
(2) Delisle, *Principes de l'interprétation des lois*, t. II, p. 685-687.

quella loro conferita dal nome degli oratori. I loro discorsi non erano comunicati al Consiglio di Stato che dopo essere stati pronunziati alla tribuna legislativa. Gli oratori esprimevano dunque, non il pensiero del Consiglio, ma il loro pensiero individuale (1).

Ne risulta che i *discorsi* hanno minore importanza che le relazioni delle sezioni centrali o delle commissioni delle nostre Camere. Bisogna aggiungere che i lavori legislativi si facevano con una grande rapidità. Ciò spiega gli errori che si trovano nei discorsi dei consiglieri di Stato e dei tribuni. Fra mille esempi ne citeremo uno. L'art. 2259 porta che la prescrizione *corre* durante i tre mesi per fare l'inventario. Ebbene, Bigot-Préameneu fa dire al codice che la prescrizione è *sospesa* durante questo periodo di tempo; ed egli dà delle buone ragioni in appoggio d'una pretesa legge che dice il contrario (2).

La nostra conclusione è che bisogna sempre consultare i lavori preparatorii, ma bisogna guardarsi dal vedervi un'interpretazione autentica del codice. Ciò condurrebbe ad eresie giuridiche se si prendessero letteralmente. Noi diremo altrove che l'art. 894, nella sua redazione primitiva, portava che la donazione è un *contratto*. Dietro una osservazione del primo console, la dicitura fu cambiata e la donazione fu qualificata *atto*. Bisognerà concludere che la donazione non è un contratto? Ciò sarebbe trasportare nella scienza del diritto un errore sfuggito a un uomo di guerra, uomo di genio, ma che ignorava i principii più elementari del diritto.

N. II. Regole d'interpretazione.

276. Noi abbiamo nella nostra scienza un certo numero di regole che servono ad interpretare le leggi. Si chiamano ora adagi, ora proverbi. E si possono invero paragonare ai proverbi, i quali passano per l'espressione della sapienza del popolo. I nostri proverbi sono elementi importanti della tradizione giuridica. Senza dubbio non han forza di legge, poichè non sono consacrati dal codice; ma se essi non legano l'interprete, lo guidano. Solamente bisogna fissarne il vero senso. Bisogna soprattutto guardarsi dall'applicarli meccanicamente; la giurisprudenza è una scienza razionale; i principii che noi invochiamo debbono dunque essere fondati su ragione, ed è come tali che bisogna applicarli.

Vi ha un principio fecondissimo per l'interpretazione delle leggi, cioè l'applicazione per via d'analogia. Gli autori del codice lo han formulato nel *Libro preliminare* in questi termini:

---

(1) È questa l'osservazione di MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Testament*, sez. III, § 1, art. 5.

(2) DELISLE, *Principes de l'interprétation des lois*, t. II, p. 683.

« Non si deve indurre da un caso ad un altro che allorquando vi ha il medesimo motivo di decidere » (tit. V, art. 8). Il principio è tolto dai giureconsulti romani, ed ha per sè la ragione dell'evidenza. Si legge nel Digesto che le leggi non possono prevedere tutti i casi; appartiene a colui che è chiamato ad applicarle vedere se il caso non previsto che si presenta può essere deciso dalla legge che è emanata per un caso analogo. Se realmente i motivi di decidere sono i medesimi, anche la decisione deve essere la medesima (1). Il principio dell'interpretazione analogica non è stato giammai contestato, ma non si può abusarne, applicandolo là ove realmente non v'ha analogia. È per tener l'interprete in guardia contro questo scoglio che il *Libro preliminare* enuncia il principio in modo restrittivo. La prima cura dell'interprete deve essere dunque di esaminare se realmente vi ha identità di motivi; e solamente quando ben consta che i motivi di decidere sono i medesimi, che si può fare induzioni da un caso ad un altro.

277. Ma lo si può sempre? Qui incomincia la vera difficoltà. Quando la legge pone un principio generale, l'applicazione analogica non soffre alcun dubbio. Ma è lo stesso quando la legge stabilisce un'eccezione? È uno dei nostri vecchi adagi che le eccezioni sono di stretta, di rigorosa interpretazione, che, per conseguenza, non si può estenderle da un caso ad un altro. Il *Libro preliminore* del codice formula l'adagio in questi termini: « Le eccezioni che non sono nella legge non debbono essere in alcun modo supplite » (tit. V, art. 7). Noi troviamo la medesima regola in una sentenza della Corte di cassazione del 13 ottobre 1812; vi si legge « che le eccezioni, essendo di *stretto diritto*, non possono applicarsi per identità da un caso ad un altro ». Ma che bisogna intendere per eccezione? S'intende ogni disposizione della legge che deroga ad un principio generale? È appunto in questo senso che s'intende il nostro adagio. Vi ha tuttavia qualche dubbio. Il principio viene dal diritto romano; ora i giureconsulti, quando dicevano che non bisogna estendere le disposizioni eccezionali, intendevano per ciò il *diritto esorbitante*, vale a dire le leggi che sono stabilite contro la *ragione del diritto*. Si capisce che le leggi di questa natura non debbano estendersi, poichè esse sono un male; un male forse necessario, ma il male deve sempre essere ristretto nei limiti i più angusti. Non è così delle semplici eccezioni ad una regola generale; esse sono razionali quanto la regola stessa; perchè dunque non si potrebbe applicarle per via d'analogia? (2).

---

(1) L 12, 13, D. I, 3 (*De leg.*).

(2) L. 14, D. I, 3: « Quod *contra rationem juris* receptum est, non est producendum ad consequentias ». L. 39 (*ib.*): « Quod non ratione introductum est sed *errore* primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet ».

Questa è l'opinione di Delisle (1) ed essa s'appoggia sui monumenti della giurisprudenza. Noi citeremo un esempio che farà comprendere la difficoltà della quistione. Quando un contratto è risolto, si presume non essere giammai esistito, donde segue che i diritti conferiti da colui che era proprietario sotto una condizione risolutiva sono essi pure risolti. L'art. 1673 deroga a questo principio. Nel caso in cui una vendita è risolta per l'esercizio del patto di riscatto, gli affitti che ha fatti il compratore debbono essere conservati dal venditore. Questa eccezione può essere estesa per via di analogia? La Corte di cassazione ha ammessa l'applicazione analogica (2), per la ragione che l'art. 1673 ha per iscopo di guarentire gl'interessi dell'agricoltura, assicurando all'affittuario il godimento del suo affitto. Ora, la ragione è applicabile a tutte le ipotesi in cui vi ha luogo a risoluzione. L'art. 1673, lungi dal consacrare un diritto esorbitante, è in armonia con l'interesse generale, ed anche con l'interesse ben inteso di colui che domanda la risoluzione. Perchè dunque non si applicherebbe a casi analoghi?

Nonostante questi dubbii. noi manteniamo l'adagio. Poco importa che l'eccezione sia contraria o conforme alla ragione di dritto, che essa sia esorbitante o no, essa è di stretta interpretazione, per ciò soltanto che contiene una derogazione ad una regola generale. Quando il legislatore pone un principio, la sua volontà è che questo principio riceva la sua applicazione in tutti i casi che potranno presentarsi: è ciò un obbligo che esso impone all'interprete. Se in seguito esso trova bene di ammettere una eccezione alla regola che ha posta, l'interprete è ancora legato dalla regola, nel senso che, dal momento che non si trova nel caso dell'eccezione, il suo dovere è di mantenere la regola. Ecco perchè il vecchio adagio dice che l'eccezione conferma la regola nei casi non eccettuati. Che avverrebbe se l'interprete estendesse l'eccezione per via di analogia? Creando delle eccezioni nuove derogherebbe ad una regola obbligatoria, farebbe la legge, mentre la sua missione si limita a spiegarla ed applicarla. L'eccezione è dunque, di sua natura, di stretto diritto.

Tuttavia bisogna intendere questo principio con una riserva. Talvolta l'eccezione, pur derogando ad una regola, è l'applicazione di un'altra regola di dritto. In questo caso la volontà del legislatore non è di limitare la disposizione eccezionale al caso che esso ha specialmente preveduto, è piuttosto un esempio che dà, e, per conseguenza, l'interprete può e deve ammettere la medesima decisione nei casi non previsti, ma ove havvi lo stesso motivo di decidere. Facendolo, obbedisce alla volontà del legislatore. Tale è la disposizione dell'art. 1404, 2.° alinea, come noi diremo esponendo i principii del contratto di matrimonio.

---

(1) DELISLE, *Principes de l'interprétation des lois*, t. II, p. 380 e seg.
(2) Sentenza del 16 gennaio 1827 (*Sirey*, 1827, 1, 324).

278. Il *Libro preliminare* contiene un'altra regola d'interpretazione che si collega con quella di cui abbiamo parlato. A termini dell'art. 7, tit. V, « non è permesso di distinguere quando la legge non distingue ». Questa regola è consacrata anche dalla giurisprudenza. Si legge in una sentenza del 24 febbraio 1809 della Corte di cassazione: « Là ove la legge non distingue non si possono creare delle distinzioni e delle eccezioni che ne altererebbero il senso e l'allontanerebbero dal suo scopo. La lettera sola della legge deve essere consultata quando essa presenta un senso chiaro ed assoluto » (1). Questa regola tende anche a circoscrivere la sfera d'azione dell'interprete, e ad impedirgli di porre il piede nel campo del legislatore. Quando la legge è generale, quando la sua disposizione è illimitata, il dovere dell'interprete è d'applicarla a tutti i casi possibili, perchè tale è la volontà del legislatore. Quindi esso non può distinguere quando la legge non distingue, poichè la distinzione limiterebbe l'applicazione della legge ad alcuni casi, mentre la generalità della legge li comprende tutti. L'interprete, distinguendo, modifica dunque la legge, esso opera da legislatore, ciò che non gli è giammai permesso.

Vuol dire per questo che l'interprete non possa mai distinguere quando è in presenza di una disposizione generale? No, l'adagio deve essere inteso con una riserva. Perchè l'interprete non può distinguere? Perchè il legislatore, stabilendo una regola generale, manifesta la volontà che essa si applichi senza limitazione alcuna. Ma se egli avesse posta un'altra regola che comanda di limitare questa disposizione generale, allora l'interprete può e deve distinguere.

L'art. 1384 dice che il padre e la madre, dopo la morte del marito, sono responsabili del danno cagionato dai loro figli *minori* abitanti con essi. Questa disposizione si applica ai minori emancipati? La legge è generale, essa non distingue. Vuol dire per questo che l'interprete non possa distinguere? Esso lo deve, perchè vi ha un'altra regola in virtù della quale il minore emancipato è affrancato dalla patria potestà, e per conseguenza il padre non ha più il diritto, nè il dovere di sorvegliarlo. Ora la responsabilità che gl'impone l'art. 1384 è una conseguenza di questo dovere; quindi il padre non può più essere responsabile, quando il suo figlio è emancipato. Ecco una distinzione che l'interprete introduce nella legge, perchè i principii di diritto ve lo costringono. Vi sono dunque dei casi in cui può distinguere, e vi son dei casi in cui nol può. Ciò prova, come noi abbiamo detto, che gli adagi che stabiliscono delle regole d'interpretazione non debbono essere applicati meccanicamente.

---

(1) *Principes de l'interprétation des lois*, par Delisle, t. II, p. 486.

279. Egli è lo stesso dell'adagio che respinge l'argomento tratto dal silenzio della legge; ciò che, nel linguaggio della scuola, si dice *argomento a contrario*. L'art. 3 del codice dice che « gl'*immobili*, anche quelli posseduti dagli stranieri, sono regolati dalla legge francese ». Argomentando dal silenzio della legge, si potrebbe dire: Il legislatore parla degl'*immobili*, e li sottomette alla legge francese; esso non parla dei *mobili*, dunque non li sottomette alla legge francese; ciò che dice degli uni, lo nega degli altri. « *Qui de uno dicit*, dice l'adagio, *de altero negat* ». Una simile interpretazione condurrebbe a questa conseguenza supremamente assurda, che la legge francese non regola i mobili posseduti in Francia dai Francesi. L'argomento è cattivo quando conduce ad una assurdità, diciamo meglio, ad una impossibilità. Vuol dire per questo che l'*argomento a contrario* deve essere sempre rigettato? Gl'interpreti lo adoperano spesso, e vi sono dei casi in cui è d'una evidenza incontestabile. L'articolo 1184, dopo aver definito la condizione risolutiva tacita, aggiunge: « in questo caso il contratto non è risoluto di pieno diritto ». Si conchiude da ciò che la condizione risolutiva espressa opera di pieno diritto, quantunque la legge non lo dica in modo formale. Ecco un argomento tratto dal silenzio della legge che tutti accettano. Noi siamo dunque di bel nuovo in presenza d'una regola d'interpretazione, che non ha nulla di assoluto, che è ora buona, ora cattiva. Quand'è ch'essa è buona? Quando non lo è?

Il silenzio del legislatore, per sè stesso, non prova nulla; poichè il silenzio non parla. Che è la legge? Una dichiarazione di volontà; ora, perchè si possa dire che il legislatore vuole qualche cosa, bisogna che abbia parlato. Quando si tace, non dice nè sì, nè no. Il suo silenzio può solamente far supporre che esso vuole in un caso il contrario di ciò che ha detto in un altro. Ma nulla di più vago e, in conseguenza, di più dannoso quanto questa supposizione. Si rischia, infatti, di far dire al legislatore ciò che esso non ha voluto, vale a dire che l'interprete si sostituisce al legislatore. È dunque con ragione che l'argomentazione tratta dal silenzio della legge gode pochissimo favore. Noi citeremo un esempio memorabile in cui il legislatore stesso ha respinto un'intenzione che gli si era supposta a torto fondandosi sul suo silenzio. Nel 529 Giustiniano proibì al figlio di famiglia di disporre per testamento di quelli fra i suoi beni avventizii di cui il padre aveva l'usufrutto. Se ne concluse che esso poteva disporre dei beni avventizii di cui suo padre non aveva l'usufrutto. Giustiniano respinse questa interpretazione con una costituzione del 531. L'errore a cui conduceva l'argomentazione *a contrario* era evidente. Prima dell'ordinanza del 529 il figlio di famiglia era, in virtù del diritto generale dell'impero, incapace di disporre per testamento dei suoi beni avventizii, ne avesse il padre o no l'usufrutto. Dunque l'argomento tratto dal silenzio della legge era in opposizione colla volontà

del legislatore, manifestata dal principio generale che aveva posto. L'interprete, fondandosi sul silenzio della legge, derogava realmente alla legge; esso si faceva legislatore (1).

La dottrina ha dunque ragione di respingere l'argomento detto *a contrario*. E la giurisprudenza è d'accordo con gli autori (2). Si può anche invocare il testo del codice. L'art. 1164 dice « che allorquando in un contratto si è espressa una cosa allo scopo di spiegare un'obbligazione, non si presume che siasi voluto con ciò escludere i casi non espressi, ai quali può ragionevolmente estendersi l'obbligazione stessa ». Se nell'interpretazione dei contratti non si può trarre giovamento dal silenzio delle parti per limitare la loro volontà, o per derogarvi, non si può a maggior ragione essere autorizzati dal silenzio della legge per restringere i principii generali di diritto. Questo vizio dell'argomentazione *a contrario* ci indica in quali casi si può farne uso senza alcun pericolo; ciò è quando, lungi dal contrariare i principii generali, essa li appoggia. Nell'articolo 3 non si può conchiudere dal silenzio della legge che i mobili appartenenti al francese non siano regolati dalla legge francese, ma si può benissimo invocare il silenzio della legge per confermare un principio tradizionale del diritto francese, in virtù del quale i mobili seguono la legge della persona. Nel caso dell'art. 1184 l'argomento *a contrario* non fa che confermare un principio che risulta dall'essenza stessa della condizione risolutiva espressa.

N. III. - Effetto dell'interpretazione dottrinale.

280. S'intende da sè che l'interpretazione dottrinale non ha che un'autorità di ragione. Essa non lega il giureconsulto, ma lo guida e lo illumina. La scienza del diritto è una scienza razionale. Noi pieghiamo alla ragione, ma non pieghiamo innanzi ad alcuna autorità. Il dovere del giureconsulto è, al contrario, di sottomettere all'esame della ragione qualsivoglia autorità, quella dei grandi nomi, che illustrano la nostra scienza, come quella dei corpi giudiziarii i più alto locati. È necessario dire che tutte le autorità sono fallibili? I più celebri giureconsulti han cambiato avviso su quistioni controverse; le Corti supreme hanno pronunciato sentenze contradditorie; ciò basta perchè la dottrina e la giurisprudenza non siano accettate che dietro esame.

281. Se noi insistiamo sopra un principio che è un assioma, è perchè la pratica non è d'accordo con la teoria. Noi ci ribelliamo assai volontieri all'autorità degli autori, opponendo gli uni

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Rente foncière*, § 10.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Remploi*, § 9; *Inscription hypothécaire*, § 5, n. 8; *Contrainte par corps*, n. 20.

agli altri, ma non è lo stesso delle sentenze. Gli avvocati le citano con compiacenza, e gli scrittori mostrano loro una deferenza talvolta eccessiva. È dunque bene di opporre a questo entusiasmo la potenza della ragione e della dottrina.

Affrettiamoci a dire che noi siamo ben lontani dal dispregiare la giurisprudenza delle sentenze. Vi si trovano tesori di scienza e di buon senso. La razza francese è una razza latina, e si direbbe che essa ha ricevuto il genio del diritto come un'eredità con la sua lingua: logica per eccellenza, chiara e precisa, la lingua francese sembra fatta per il diritto, poichè la precisione e la chiarezza sono i caratteri distintivi della nostra scienza. La lingua, si dice, è l'espressione del genio nazionale. Se la lingua francese è una lingua giuridica, bisogna dire che la razza francese ha pure questo spirito giuridico che distingue la razza latina. Egli è così. Ecco perchè vi sono tante sentenze rimarchevoli per la lucidità del pensiero e della espressione. Fra le sentenze il primo luogo appartiene naturalmente a quelle che pronuncia la Corte di cassazione. Non decidendo che le quistioni di diritto, straniera alle passioni che agitano le parti, la Corte suprema è, per così dire, un tribunale di dottrina. La sua missione è di mantenere l'unità nell'interpretazione delle leggi; le sue sentenze sono decisioni dottrinali; se esse non vincolano le Corti ed i tribunali, li dominano per l'autorità che è loro riconosciuta.

In questo senso noi diremo con Portalis che la giurisprudenza è il vero supplemento della legislazione, e che non si può fare a meno nè dell'una nè dell'altra. Grande è ciò non ostante la differenza fra l'autorità della giurisprudenza e quella della legge. La legge comanda e deve essere obbedita, anche quando il legislatore s'è ingannato, mentre le sentenze non sono che l'interpretazione della legge, e questa interpretazione non ha che un'autorità di ragione, anche quando essa è vera. È il giudicato che ha forza obbligatoria per le parti, non i motivi sui quali riposa; quanto ai terzi, essi non sono legati per nulla dalle decisioni giudiziarie; il giudicato è loro estraneo ed i motivi non hanno autorità per nessuno. Si supponga che i motivi sieno erronei; la decisione resta sempre obbligatoria fra le parti, e se essa non viene riformata, si considera come l'espressione della verità; quanto ai motivi, se essi sono contrarii ai principii, non hanno alcun valore. È fare ingiuria alle Corti e soprattutto alla Corte Suprema il supporre che esse s'ingannino nell'interpretazione che fanno della legge? Basta aprire una raccolta di sentenze per convincersi che la giurisprudenza ha variato spessissimo, che perciò essa ha consacrato degli errori. Noi citeremo un esempio, fra mille, di queste decisioni contradditorie.

Il regolamento del Consiglio del 28 febbraio 1723 fa divieto a coloro che non fossero stati riconosciuti come tipografi e librai

di esercitare queste professioni, sotto pena di un'ammenda di 500 franchi. Una legge del 21 ottobre 1814 rinnovò questa disposizione, ma senza aggiungervi una sanzione penale. Bisogna osservare che tutti i generi di commercio erano stati dichiarati liberi dalla legge del 17 marzo 1791. L'ordinanza del 1723 era dunque abrogata, quando comparve la legge del 1814. Che bisognava decidere quanto alla sanzione dell'ammenda? Vi ha un principio elementarissimo e d'una verità eterna, cioè che non v'ha pena senza legge penale. Ora, la legge del 1814 non pronunziava alcuna pena e l'ordinanza del 1723 era abrogata. Tuttavia due sentenze della Corte di cassazione, pronunciate a sezioni riunite, nel 1826 e 1828, decisero che il regolamento del 1723 era sempre in vigore. Venne la rivoluzione di luglio del 1830, e una nuova sentenza pronunciata egualmente a sezioni riunite decise che il regolamento del Consiglio era definitivamente abrogato (1).

Senza dubbio, questi errori evidenti sono un'eccezione, ma bisogna andare oltre. Anche quando le sentenze fossero fondate sui veri principii, esse non avrebbero ancora che un'autorità di ragione, e non si può invocarle che con la massima riserva. Le decisioni giudiziarie non sono mai interpretazioni puramente dottrinali; esse sono pronunciate su casi speciali, vale a dire sopra un litigio di fatto; le circostanze della causa influiscono necessariamente sulla decisione delle quistioni di diritto; i fatti cambiando, anche la decisione cambierà. Ora i fatti variano da un caso all'altro; quindi, come valersi, per fatti nuovi, d'una decisione presa per fatti differenti? Non basta. Quante sentenze sono state pronunciate in cui le Corti eludono l'applicazione della legge, perchè esse subiscono l'influenza imperiosa dei fatti della causa! Queste decisioni, rese secondo l'equità, piuttosto che secondo il diritto, non hanno alcun valore dottrinale. In una parola, bisogna dire col presidente de Thou che le sentenze sono buone per coloro che le ottengono; bisogna guardarsi dall'invocarle come un'autorità decisiva.

Tale non è la pratica del foro. Dupin racconta che, essendo andato a sostenere una lite innanzi ad una Corte di provincia, il suo avversario citò di seguito e quasi d'un fiato quattordici sentenze coi rispettivi fatti, per dimostrare per induzione, egli diceva, che non vi era sostituzione nel testamento, la cui validità formava l'oggetto del processo. Un altro avvocato del foro di Parigi, Mermilliod, provò il medesimo fatto. Egli (è sempre Dupin che parla), dovette subire la lettura di diciassette sentenze, di cui parecchie erano lungamente motivate. Dupin dice benissimo, che la scienza delle sentenze è divenuta la scienza di coloro che non hanno altra scienza, e la giurispru-

(1) Delisle, *Des principes de l'interprétation des lois*, t. I, p. 202 e seg.

denza è una scienza facilissima ad acquistarsi; basta un buon indice. Opponiamo all'abuso che si fa delle decisioni giudiziarie l'autorità dei nostri antichi. Noi abbiamo sovente citato il presidente Bouhier: le sue osservazioni sulla consuetudine di Borgogna sono un capo d'opera di lucidità. Ascoltiamo ciò che egli dice delle sentenze; è un magistrato che parla, interessato come tale a che si rispettino le decisioni delle Corti. Ebbene, egli si lamenta della deferenza troppo cieca degli autori per la giurisprudenza. Bouhier dice che i magistrati sono troppo occupati per approfondire le materie sottili del diritto. È più conveniente, aggiunge egli, ricondurre la giurisprudenza delle sentenze ai principii, che ridurre i principii alla giurisprudenza delle sentenze. I collegi stessi che pronunciano le sentenze, dice altrove il presidente, non cedono alla loro autorità che quando essi le trovano conformi alle regole; non sono che i piccoli genii, gli spiriti plebei, come dice uno scrittore di Roma, che si lasciano trascinare dagli esempii, invece d'ascoltare la ragione (1). Concludiamo col severo D'Argentré che le sentenze non hanno alcun valore, a meno che non sieno fondate sul diritto e sulla ragione (2).

§ II. — *Dell'interpretazione autentica.*

N. 1. - Quando v'ha luogo all'interpretazione autentica.

282. Il *Libro preliminare* chiama interpretazione *autentica* quella che si fa per via d'autorità, vale a dire sotto forma di disposizione generale e di comando. Non vi ha che il legislatore il quale abbia il potere di disporre così; i giudici non ne hanno il diritto. L'interpretazione autentica è dunque quella che si fa per mezzo della legge. Nulla ci sembra più naturale che rivolgersi al legislatore, perchè colui che ha fatta la legge ne spieghi il senso. Chi può meglio che lui, dice Giustiniano, conoscere lo spirito delle leggi che ha emanate, e togliere i dubbi che esse presentano nella loro applicazione? (3). Da ciò l'adagio, che appartiene a colui che fa la legge l'interpretarla.

Nel nostro antico diritto si seguiva questo principio, almeno in teoria. L'ordinanza del 1667 porta (art. 7 del tit. I) che se, nel giudicare le liti, sopravviene qualche dubbio o difficoltà sull'esecuzione degli editti, Sua Maestà proibisce alle Corti di

---

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, t. I, n. 13, p. 655; e n. 21, p. 656; *ibid.*, chap. XXIV, n. 77, p. 681.

(2) D'Argentré, *In consuetudine Britanniae*, § 76, n. 8: « Valeant praeiudicia, nisi ratione et jure nitantur ».

(3) L. 12, C. *de leg.* (I, 14).

interpretarli, ma vuole che in questo caso esse abbiano a ricorrere a lei per apprendere le sue intenzioni. Vietando alle Corti d'interpretare la legge, l'ordinanza del 1667 non intendeva certo d'interdire loro l'interpretazione dottrinale, poichè è per i giudici un diritto ed un dovere di applicare le leggi, e per conseguenza di fissarne il senso. Ma i tribunali non hanno il potere d'interpretare le leggi per via di disposizione generale e regolamentare; è questo che interdice l'ordinanza del 1667, come disse il ministro di giustizia nella discussione del titolo preliminare al Consiglio di Stato (1). Il divieto non fu rispettato. esso non impedì al Parlamento di pronunciare decreti regolamentari; ciò dipendeva dalla confusione dei poteri che esisteva sotto l'antico regime.

La Rivoluzione separò i poteri, come l'aveva chiesto Montesquieu. In conseguenza la legge del 24 agosto 1790 proibì ai giudici di fare dei regolamenti ed ingiunse loro di rivolgersi al Corpo legislativo tutte le volte che essi credessero necessario sia d'*interpretare* una legge, sia di farne una nuova (tit. II, art. 12). I tribunali, a quest'epoca, non erano tentati di competere per autorità con le onnipotenti Assemblee che demolirono il più vecchio trono dell'Europa; essi presero troppo alla lettera il divieto che loro era fatto d'interpretare le leggi; al minimo dubbio che queste presentavano, essi ne riferivano al potere legislativo, che si trovava così costituito ad un tempo giudice e legislatore. Ciò era mancare alla loro missione, come disse benissimo Tronchet al Consiglio di Stato: « le contestazioni versano sul senso differente che ciascuna delle parti dà alla legge; non è dunque mediante una legge nuova, ma mediante l'opinione del giudice che la causa deve essere decisa » (2).

283. Quando dunque vi ha luogo per il legislatore ad interpretare la legge per via di disposizioni generali? In teoria, si può rispondere che il legislatore deve intervenire per fissare il senso delle leggi quando nell'applicazione che ne è fatta vi ha una tale contrarietà di decisioni che esse divengono una sorgente inesauribile di liti. In qual modo quest'incertezza è constatata? Appartiene al diritto positivo il decidere la quistione. Le leggi han variato a questo riguardo, e la variazione è importante, poichè ne è risultato un cangiamento nella natura medesima dell'interpretazione autentica. La Corte di cassazione fu instituita il 1.° dicembre 1790. Una legge dello stesso giorno ordinò (art. 91) che, allorquando un giudicato fosse stato cassato due volte, e che un terzo tribunale avesse giudicato in ultima istanza nello stesso modo che i due primi, la quistione doveva essere sottoposta al Corpo legislativo, il quale avrebbe emanato, in questo caso, un decreto dichiarativo a cui il tribunale di cassa-

(1) Seduta del 4 termidoro anno IX (Locré, t. I, p. 228, n. 17).
(2) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 229, n. 18.

zione era tenuto di conformarsi nel suo giudicato. Con questo sistema, che fu mantenuto dalla Costituzione dell'anno III e da quella dell'anno VIII, l'interpretazione autentica era obbligatoria dal momento che la contrarietà di decisioni prevista dalla legge si realizzava. La legge del 16 settembre 1807, senza derogare a questo principio, confidò al governo l'interpretazione per via d'autorità. Ciò era contrario al principio secondo il quale appartiene al potere che fa la legge di interpretarla. Ma bisogna confessare che sotto il regime imperiale le leggi erano l'opera del Consiglio di Stato che le discuteva, ben più che del Corpo legislativo che le adottava senza discussione alcuna. Nel fatto, il principio era dunque mantenuto, era il Corpo, che in realtà faceva la legge, il quale era anche chiamato ad interpretarla.

Sotto un regime costituzionale il fatto dev'essere in armonia col diritto. La Costituzione belga porta, art. 28, che l'interpretazione delle leggi per via d'autorità non appartiene che al potere legislativo. A termini della legge del 4 agosto 1832, art. 23, vi era luogo all'interpretazione legislativa quando due sentenze o giudicati in ultima istanza, pronunciati nello stesso affare, tra le stesse parti, impugnati con gli stessi mezzi, fossero stati annullati dalla Corte di cassazione. Il governo doveva, in questo caso, presentare alle Camere un progetto di legge interpretativa.

284. Il sistema d'interpretazione obbligatoria presenta gravi inconvenienti. Prima di tutto trasforma il legislatore in giudice. Infatti, la legge interpretativa decide la causa che ha dato luogo all'intervento del potere legislativo, nel medesimo tempo che prescrive una regola generale. Quando il legislatore è giudice, i poteri sono confusi, e la confusione torna a grande pregiudizio della giustizia. Il corso regolare della giustizia è arrestato; una causa pendente non può ricevere soluzione sino a che la legge interpretativa sia emanata. In teoria, nulla sembra più semplice, più facile che l'adagio il quale conferisce al legislatore il potere d'interpretare la legge. Nel fatto, nulla è più difficile, più complicato. È il governo che presenta il progetto d'interpretazione. Ma il senso dato da un ministro a una legge oscura può non essere il senso vero; almeno tale può essere l'avviso dell'una o dell'altra Camera. E se le due Camere fossero in disaccordo? L'interpretazione legislativa diverrebbe impossibile. E come si terminerebbe, in questo caso, la causa che ha reso l'interpretazione necessaria? La causa non potrebbe terminarsi. Si concepisce che una contestazione portata innanzi ai tribunali non riceva soluzione, che si eterni? Ciò è un vero diniego di giustizia. Il caso si è presentato (1), e il conflitto è

---

(1) Lettera del ministro di giustizia, annessa al rapporto fatto dalla Commissione dei Rappresentanti sulla legge del 7 luglio 1865 (*Annales parlementaires*, 1864 a 1865, p. 475 e seg.).

nella natura delle cose. Quando tre corpi giudiziarii non han potuto intendersi sul senso d'una legge, come potranno intendersi i tre rami del potere legislativo?

Ciò non è tutto. Supponendo che il progetto d'interpretazione venga a termine, vi ha gran pericolo che la pretesa legge interpretativa non sia piuttosto una legge nuova, anzichè una semplice dichiarazione del senso della legge antica. Il principio, che appartiene al legislatore d'interpretare la legge, proviene dal diritto romano; ora, sotto l'impero, era il principe che faceva la legge, vale a dire il Consiglio del principe. In un simile stato di cose si può dire che nessuno è più competente per interpretare la legge che colui che l'ha fatta. Lo spirito del legislatore si perpetua mercè la tradizione, e serve a interpretare la sua opera. È tutto all'opposto nell'organizzazione attuale del potere legislativo. Le Camere belghe sono chiamate a interpretare delle leggi che datano dalla Repubblica, dal Consolato, dall'Impero, dal Regno dei Paesi Bassi. Non v'ha più nulla di comune tra il legislatore attuale e il legislatore d'altra volta. Come le Camere del 1868 sapranno qual'era lo spirito della Convenzione, del Direttorio, dei Consoli, dell'Imperatore? Occorrerebbero loro, per interpretare la legge, delle conoscenze storiche, giuridiche, alle quali la maggior parte dei membri delle nostre Camere sono completamente estranei. Non basta. Le abitudini d'un potere chiamato a far la legge lo predispongono malissimo alla missione che gli si dà d'interpretarla. Abituato a decidersi in base a considerazioni d'interesse generale, come mai il legislatore piegherebbe la sua mente ad astrarre da questo movente per ricercare, non ciò che è il più giusto, il più vero, il più utile, ma ciò che ha voluto l'autore della legge che dev'essere interpretata? Si può arditamente capovolgere il vecchio adagio e dire che non v'ha peggiore interprete della legge che il legislatore. Che se, trascinato dallo spirito che lo domina, il legislatore facesse una legge nuova sotto le apparenze d'una legge interpretativa, si andrebbe incontro a questa funesta conseguenza, che una legge nuova regolerebbe il passato, perchè le leggi interpretative retroagiscono. Non sarebbe ciò il colmo dell'iniquità?

285. Queste gravi considerazioni costrinsero il governo belga a presentare, nel 1844, un nuovo sistema d'interpretazione autentica: il progetto fu ripreso nel 1864, e finì colla legge del 7 luglio 1865. Allorquando, dopo una cassazione, la seconda sentenza è impugnata con gli stessi mezzi, la causa è portata innanzi alle sezioni riunite della Corte di cassazione. Se la seconda sentenza è conforme alla prima sentenza della cassazione, non è ammesso un nuovo ricorso. Se la seconda sentenza è annullata per gli stessi motivi che han fatto annullare la prima, la Corte a cui l'affare è rinviato, deve conformarsi alla sentenza della Corte di cassazione sul punto di diritto deciso da questa Corte. L'in-

terpretazione legislativa non è più obbligatoria, essa è facoltativa.

Questa innovazione, tolta dalla legge francese del 1837, è considerevole. Essa cambia completamente la teorica tradizionale dell'interpretazione autentica. Secondo il sistema ammesso dopo il 1790, il corso del processo era sospeso, quando vi erano due o tre decisioni contradditorie nella medesima causa, sino a che il legislatore avesse emanato una legge interpretativa. Secondo il nuovo sistema, l'oscurità della legge, quantunque attestata dal conflitto di tre corpi giudiziarii, non dà più luogo all'interpretazione autentica. Il conflitto è risolto dal potere giudiziario. Regolarmente la legge è interpretata dai tribunali. In ogni caso la seconda sentenza della Corte di cassazione, pronunciata a sezioni riunite, termina il litigio. Se il conflitto si rinnovasse, il potere legislativo potrebbe, se lo volesse, emanare una legge interpretativa, ma non vi è obbligato.

Il nuovo sistema rimedia agli inconvenienti che presentava l'antico. Non v'ha sospensione nel corso della causa, molto meno ancora un diniego di giustizia. L'interpretazione delle leggi si fa dal giudice; i suoi studii, le sue occupazioni lo mettono in grado di compiere questa missione. Vi possono essere ancora delle leggi interpretative, ma esse saranno rarissime; il legislatore non ha più bisogno d'intervenire, poichè il corso regolare della giustizia basta per evitare il conflitto. Esso non interverrà se non nel caso che i conflitti si rinnovino. Si potrebbe credere, a primo aspetto, che il nuovo sistema dà alla Corte di cassazione una parte nell'interpretazione autentica, mentre questa interpretazione dovrebbe farsi dal potere legislativo. In realtà non è così. La seconda sentenza di cassazione termina la causa quanto alla quistione di diritto, ma non ha effetto che tra le parti che sono in causa. Negli altri affari i tribunali conservano la loro libertà d'azione. La Corte di cassazione non interpreta per via di disposizione generale. Quindi essa non usurpa il potere legislativo.

N. II. - Effetto della interpretazione autentica.

286. L'interpretazione autentica è una legge, essa è dunque obbligatoria come ogni legge. Ma ha questo di particolare, che essa regola il passato, mentre le leggi, in generale, non dispongono che per l'avvenire. L'art. 5 della legge del 7 luglio 1865 porta, in termini formali, che i giudici son tenuti di conformarsi alle leggi interpretative in tutti gli affari in cui la quistione di diritto non è definitivamente giudicata al momento in cui queste leggi divengono obbligatorie. Questo articolo non fa che consacrare una dottrina universalmente ricevuta. La ragione per cui le leggi interpretative regolano il passato è sempli-

cissima. Esse non sono leggi nuove, come han di già osservato i giureconsulti romani (1); esse non fanno che spiegare la legge antica; è dunque sempre la stessa legge che sussiste, col senso che vi annette il legislatore che l'ha fatta. A vero dire, non è la legge interpretativa che regola il passato, ma quella tal legge che ha sempre esistito. Quindi non può essere quistione di retroattività. È evidente che, se in una legge interpretativa si trovasse una nuova disposizione, si rientrerebbe nei principii generali sulla non-retroattività.

---

(1) L. 21, Dig. XXVIII, 1.

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE

Delle persone civili.

287. Si chiamano persone civili gli esseri capaci di dritto. Tutti gli uomini sono oggidì persone. Si sa che non era lo stesso presso gli antichi: essi non riconoscevano la qualità di persona agli schiavi: questi erano macchine viventi, dicevano i filosofi, e i giureconsulti li mettevano al medesimo livello degli animali. L'influenza dei costumi germanici trasformò la schiavitù in servaggio: i servi erano persone, poichè avevano alcuni diritti, ma erano persone incomplete. Resta però sempre che la trasformazione della schiavitù in servaggio è l'opera la più considerevole e la più benefica che siasi operata nella condizione delle persone. È il primo passo e il più difficile verso l'eguaglianza. L'Assemblea costituente compì il lavoro secolare che si era fatto a partire dall'invasione dei Barbari. Dopo l'89 tutti gli uomini sono persone.

I giureconsulti dividono le persone in *fisiche* e *morali*, o *civili*. Questa classificazione è puramente dottrinale, essa è estranea alle nostre leggi: la parola di *persone civili* o *morali* non vi si trova. Dunque, nel linguaggio della legge, gli uomini soli son persone. Ciò che gli autori chiamano persone civili sono corpi politici, lo Stato, la provincia, il comune, o stabilimenti di pubblica utilità, quali gli ospedali, gl'istituti di beneficenza, i seminari, le fabbricierie ecclesiastiche, alcune congregazioni religiose dedite alla carità. Perchè si dà loro il nome di persone civili? Perchè questi corpi o questi stabilimenti godono di alcuni diritti appartenenti agli uomini, segnatamente del diritto di proprietà. Ma l'assimilazione è inesatta, perchè non è vero che le pretese persone civili sono proprietarie per lo stesso titolo che gli uomini. La proprietà è un diritto asso-

luto che dà al proprietario il potere di usare e di abusare, il potere di disporre illimitatamente. Giammai un diritto simile è stato riconosciuto alle persone morali le meglio caratterizzate, neppure allo Stato ed ai comuni; per esse, la proprietà è una funzione sociale, un onere che impone degli obblighi in luogo di dar loro dei diritti. V'ha dunque un'immensa differenza fra l'uomo proprietario e la persona morale proprietaria. È senza dubbio per questa ragione che il legislatore non si serve dell'espressione di *persona civile*. I giureconsulti avrebbero ben fatto se avessero imitato questo riserbo; poichè, chiamando persone civili dei corpi politici e soprattutto degli stabilimenti di pubblica utilità, essi favoriscono l'ambizione che è innata nelle corporazioni, fanno mostra di metterle al medesimo livello degli uomini, e, per conseguenza, riconoscer loro i medesimi diritti. Ecco il pericolo che noi segnaliamo. V'ha un mezzo ben semplice per rimuoverlo, basta attenersi al testo delle leggi. Se noi adoperiamo ciò non ostante la parola di *persona civile,* gli è perchè è ricevuta nel linguaggio giuridico, ma quantunque ce ne serviamo, noi protestiamo anticipatamente contro l'idea che essa implica.

§ 1. — *Quali sono i corpi e gli stabilimenti che godono della personificazione civile.*

288. Tutti sono d'accordo che le persone dette civili sono esseri fittizii. Chi ha il diritto di creare queste finzioni? Enunciare la quistione è risolverla. La risposta è pure unanime. Il legislatore soltanto può creare delle persone civili. La parola *creare* è una parola assai ambiziosa, che non conviene per nulla all'umana debolezza: l'uomo non comprende neppure la creazione. Qui tuttavia la parola è a suo posto, in un certo senso. Alla voce del legislatore un essere sorge dal nulla e figura, su un certo piede d'eguaglianza, accanto agli esseri reali creati da Dio. Basta questo per dire che tutto è fittizio in questa concezione. Quindi è necessaria la onnipotenza umana per creare delle persone civili, come è necessaria l'onnipotenza divina per creare delle persone reali. Ma la potenza dell'uomo oserebbe essa paragonarsi a quella di Dio? Non è che impropriamente che esso crea checchessia; si può sfidarlo a creare un essere fittizio capace di tutti i diritti di cui godono gli esseri umani. Non è che in limiti ristrettissimi che l'uomo può imitare Dio, conferendo a tali corpi o a tali stabilimenti qualcuno dei diritti che appartengono all'uomo. È in questo senso improprio che la legge fa di un non-essere un essere.

Ciò basta già per giustificare il principio che il legislatore soltanto può creare delle persone civili. Occorre il potere so-

vrano della nazione per chiamare all'esistenza un essere che prima di questa dichiarazione di volontà non esiste punto. Perchè la legge, organo della sovranità, conferisce alcuni diritti a dei corpi o a degli stabilimenti? È per un motivo di pubblica utilità che lo Stato ha un demanio, che i comuni sono proprietarii, che gli ospedali e gl'istituti di beneficenza possono possedere. Ora, chi è il giudice della pubblica utilità? Non ve n'ha altri che il legislatore, la cui missione è precisamente di provvedere agl'interessi generali della società. Perciò è esso soltanto che può creare questi esseri fittizii, ai quali si dà il nome di persone civili. Esso le istituisce, le modifica, le sopprime, secondo lo esige il bene della società.

Aggiungete il pericolo da cui la società sarebbe minacciata, se potessero formarsi o perpetuarsi delle corporazioni senza il legislatore e a malgrado di esso. Supponiamo che un corpo, uno stabilimento, invece di essere utile al pubblico, gli fosse dannoso; si concepirebbe che il legislatore fosse costretto di soffrirlo, di proteggerlo anche, perchè questo corpo o questo stabilimento s'ha preso il nome di *persona civile*? La nostra quistione è oziosa; tuttavia non è inutile esporla, perchè ciò che per i legisti è un non-senso è talvolta esaltato dalle passioni o dallo spirito di partito come un'opera commendevole che il legislatore ha torto di contrariare. Quante volte si è invocata la libertà della carità per legittimare le fondazioni di beneficenza! Noi risponderemo, con Savigny, che la carità stessa può divenire funesta, se essa è esercitata con intenzione cattiva. Bisogna dunque che il legislatore intervenga, per lodevole che sia in apparenza lo scopo di un corpo o di uno stabilimento qualunque (1).

289. Il principio, che il legislatore soltanto ha il diritto di creare delle persone dette *civili*, ha per sè la più imponente delle tradizioni. Esso è proclamato dai giureconsulti romani come un assioma (2), ed è riprodotto dai nostri antichi legisti. Noi non citeremo quelli che sono ostili alla Chiesa, i quali vedono con isfavore ogni stabilimento ecclesiastico, e sotto l'antico regime, come sotto il nostro nuovo regime, erano le corporazioni religiose che davano luogo alle più vive lotte. Noi citeremo Domat, la cui pietà uguaglia la scienza; le sue parole sono considerevoli, poichè esse ci rivelano il pericolo che può risultare allo Stato da questi esseri fittizii che si chiamano persone civili: « Come egli è dell'ordine e della polizia di uno Stato che non solamente i reati, ma tutto ciò che può turbare la pubblica tranquillità, o metterla in pericolo, vi sia represso, e per questa ragione tutte le riunioni di molte persone in un corpo sieno illecite in causa del pericolo di quelle che potrebbero avere

(1) Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. II, § 89, p. 274 e seg.
(2) Namur, *Institutes*, t. I, p. 60 e seg. Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. II, § 88, p. 258.

per fine qualche intrapresa contro il pubblico, *quelle stesse che non hanno per fine che cause giuste* non potranno formarsi senza un'espressa approvazione del sovrano, in *causa dell'utilità che vi si può trovare*. Il che rende necessario l'uso dei permessi per istabilire dei corpi e comunità ecclesiastiche o laiche, regolari, secolari, e di ogni altro genere, capitoli, università, collegi, monasteri, ospedali, corpi di mestieri, confraternite, municipii, e tutti gli altri che raccolgono diverse persone per uno scopo qualsiasi. E non vi ha che il sovrano che possa dare questi permessi ed approvare i corpi e le comunità a cui il diritto di associarsi possa essere concesso » (1).

290. Questa dottrina fu consacrata da parecchie ordinanze; noi citeremo l'ultima, quella del 1749; gli abusi che essa segnala ci spiegano l'odio che nell'ultimo secolo perseguitava tutto ciò che si chiama corporazione. Si diede già il nome di *manomorta* alle corporazioni religiose o laiche. Stabilite per un bene pubblico, dice Domat, esse dovevano perdurar sempre ed era loro proibito di alienare i loro beni senza giusta causa; da ciò il nome di *manomorta*, per indicare che i beni che acquistavano morivano in qualche modo fra le loro mani, e non producevano più alcun diritto di mutazione a vantaggio dei signori e del re (2). Acquistando sempre e non vendendo mai, le corporazioni religiose massimamente minacciavano di assorbire tutto il suolo. L'editto del 1749 ci apprende che *gli stabilimenti di genti di manomorta* trovavano una grande facilità d'acquistare dei fondi, mentre questi fondi erano destinati dalla natura alla sussistenza ed alla conservazione delle famiglie. Anche quando le corporazioni acquistavano per vendita, ne risultava un grave inconveniente: « i beni che passavano nelle loro mani cessavano per sempre di essere in commercio », per modo, dice il re, che una grandissima parte dei fondi del nostro regno si trova attualmente posseduta da coloro i cui beni, non potendo essere diminuiti mediante alienazioni, s'aumentano al contrario continuamente per nuovi acquisti.

Le famiglie dispogliate ed il suolo posto fuori commercio, tale è la storia delle corporazioni. Per queste ragioni il re dichiara che esso rinnova, per quanto è necessario, le ordinanze dei suoi predecessori: esso vuole « che non possa essere fatto alcun nuovo stabilimento di capitoli, collegi, seminarii, case o comunità religiose, *neppure sotto il pretesto d'ospizii*, congregazioni, confraternite, ospedali ed altri corpi e comunità, sia ecclesiastiche, secolari e regolari, sia laiche, di qualsiasi natura fossero, in tutta l'estensione del suo regno, se non in virtù di sua espressa concessione » (3).

(1) DOMAT, *Droit public*, lib. 1, tit II, sez. II.

(2) DOMAT, *Des lois dans leur ordre naturel*, libro preliminare, tit. II, sez. II, n. 15.

(3) L'editto si trova in MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Mainmorte*, § 1.

Le leggi cercarono invano di prevenire gli abusi che generava la manomorta; le corporazioni religiose, come noi diremo più avanti, le violavano e le eludevano. Non restava che un mezzo, la soppressione. È quello che fece la Rivoluzione. Tra le numerose leggi che emanò il legislatore rivoluzionario noi non ne citeremo che una. Quella del 18 agosto 1792 porta, art. 1.°. « Tutte le corporazioni religiose e congregazioni secolari di uomini e di donne, ecclesiastiche o laiche, anche quelle unicamente dedicate al servizio degli ospedali od al sollievo degli infermi, sono abolite e soppresse ». Avvenne durante la Rivoluzione ciò che era avvenuto sotto l'antico regime, e ciò che avviene sotto i nostri occhi. Le corporazioni religiose elusero le leggi, ricostituendosi sotto forma di libere associazioni. Bisognava dunque sciogliere non solamente le corporazioni, ma anche le semplici associazioni. Questo è quanto fece il decreto del 3 messidoro anno XII: « nessuna *aggregazione* od *associazione* d'uomini o di donne, dice l'art. 4, potrà formarsi in avvenire *sotto pretesto* di religione, a meno che non sia stata formalmente autorizzata da un decreto imperiale, visti gli statuti e regolamenti giusta i quali s'intenderebbe di vivere in questa aggregazione od associazione ». È stato giudicato, ed a ragione, che lo scopo di questo decreto non era di ricostituire le corporazioni religiose, neppure c ll'autorità dell'imperatore; lo scopo era, al contrario, d'impedire che le leggi le quali avevano abolite le corporazioni venissero eluse. Ma all'uopo non vi era che un mezzo, e questo era di proibire anche le semplici associazioni. Non si faceva eccezione che per alcune comunità di carità, le quali potevano essere autorizzate come associazioni dall'imperatore (1).

La legislazione non lascia dunque alcun dubbio sul principio che noi abbiamo posto: le corporazioni, finchè hanno la pretensione di formare delle persone dette *civili*, sono essenzialmente nelle mani del legislatore; esso le istituisce, esso le sopprime; al di fuori della sua azione e suo malgrado non può trattarsi di personificazione, nè diretta, nè indiretta. Questa quistione si è presentata soventi volte innanzi ai tribunali del Belgio; essi l'han sempre decisa nello stesso senso. La giurisprudenza è unanime nel riconoscere che la legge soltanto può creare una persona civile (2).

291. La vera difficoltà non sta qui. Si tratta di sapere se il legislatore dà realmente la qualità di *persona* a certi corpi o stabilimenti. Noi abbiamo detto che le leggi non pronunciano

(1) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio dell'11 marzo 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, p. 7-25).

(2) Sentenza della Corte di Bruxelles del 3 agosto 1846, del 14 agosto 1846 e del 28 aprile 1859 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 162; 1847, 2, 157; 1858, 2, 281; 1859. 2, 204). Sentenza della Corte di Gand del 13 marzo 1848 e del 14 luglio 1854 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 70; 1854, 2, 307).

la parola di *persona civile*. Ciò è già assai caratteristico. Apriamo il codice Napoleone. L'art. 2227 dice che « lo *Stato*, gli *stabilimenti pubblici* ed i *comuni* sono assoggettati alle medesime prescrizioni dei privati, e possono al pari di essi opporle ». Sarebbe stato più semplice dire « *le persone civili* », se il legislatore riconoscesse *persone civili*. Ma, a dir vero, esse non esistono. Il primo libro del codice tratta delle *persone*. Se allato alle persone reali vi fossero delle persone fittizie, dette *civili* o *morali*, il legislatore avrebbe dovuto occuparsene. Ora, precisamente in questo primo libro, non si dice nemmeno una parola di queste persone. È solamente trattando delle cose che il legislatore dice che i beni possono appartenere ad altri che a privati; ma esso non li designa neppure in modo più preciso di quel che abbiam fatto noi. È così che l'art. 619 porta: « l'usufrutto che non è accordato a privati non dura che trent'anni ». La medesima espressione è nell'art. 537: « I beni che non appartengono a privati sono amministrati e non possono essere alienati che nelle forme e secondo le regole che sono loro proprie ». Negli articoli seguenti il codice parla del demanio pubblico, che appartiene allo Stato: esso definisce i beni comunali (articoli 538-542); quanto agli altri stabilimenti che possono possedere, non li nomina neppure. Trattando della capacità di ricevere a titolo gratuito, materia sì importante per le persone dette *civili*, l'art. 910 menziona gli ospedali, ed aggiunge l'espressione abituale di *stabilimenti di pubblica utilità*. È lo stesso dell'art. 937. Quando il legislatore vuole comprendere tutte le persone dette *civili* nelle sue disposizioni, esso le enumera, menzionando lo *Stato*, i *comuni* e gli *stabilimenti pubblici* (articoli 1712, 2045, 2227, 2121, 2153). Che dice esso di questi corpi e di questi stabilimenti? Riconosce loro certi diritti concernenti i beni, ma per niun verso li mette allo stesso livello delle persone reali. Quando dunque si pone come principio che il legislatore solo può accordare la personificazione civile, ciò non significa che occorra una legge la quale dica che il tal corpo o il tale stabilimento è una persona civile; le leggi non si esprimono mai così. Ciò vuol dire che la legge soltanto può conferire dei diritti ad altri che non sieno persone reali, vale a dire a certi corpi o stabilimenti pubblici; il che è evidentissimo. Ma questi diritti che la legge accorda allo Stato, ai comuni ed agli stabilimenti di pubblica utilità, non conferiscono loro la qualità di persona. Se la legge li riconosce loro, è perchè sono necessarii onde possano compiere la loro missione. Ciò è quanto il legislatore stesso ci dice.

292. A capo delle persone dette *civili* il codice Napoleone nomina sempre lo Stato. Ciò vuol dire che lo Stato sia una persona vera? Dal punto di vista filosofico e storico si può dire che le nazioni sono persone come gli individui; gli uni come le altre vengono da Dio. Chi ha dato ad esse il genio che le

distingue? Chi ha dato ad esse la missione che compiono nella vita generale dell'umanità? Colui che ha dato agli individui una facoltà speciale in rapporto con la missione che ciascuno di noi ha in questo mondo. Si potrebbe dunque credere che lo Stato, organo della nazione, è una vera persona, e che questa persona esiste in virtù della natura e indipendentemente da una dichiarazione del legislatore. Tuttavia non è così. Senza dubbio, le società umane hanno il loro principio nella natura, ma gli uomini vivono in società lungo tempo prima che vi sia uno stato organizzato. Lo Stato non esiste dunque come esiste l'uomo, esso non nasce, esso è creato. Creato da chi? Dalla legge. A quale scopo? Per dirigere gl'interessi generali della società. Per questo titolo esso deve avere alcuni diritti di cui godono le persone reali, gli uomini. Lo Stato ha delle spese necessarie da sopportare, esso deve avere dunque dei beni a sua disposizione. Esso è obbligato anche a conchiudere dei contratti, in conseguenza dei quali diviene debitore e creditore. In questo senso esso ha una certa personalità. Tuttavia le leggi non gli danno il nome di *persona:* esse lo mettono allo stesso livello dei comuni e degli stabilimenti pubblici. Non ha dunque altri diritti all'infuori di quelli che la legge gli accorda. Ecco la differenza radicale fra le vere persone e lo Stato, la più caratteristica delle persone dette *civili.* L'uomo ha tutti i diritti per ciò solo ch'esso esiste, mentre per sua natura lo Stato non ha alcun diritto; esso ripete i suoi diritti dalla legge. Questi sono dunque necessariamente limitati: sono diritti concessi, non sono diritti naturali.

293. Dopo lo Stato viene la provincia. Essa è una persona detta *civile,* secondo la legislazione belga. Essa non lo è sempre stata. Sotto l'antico regime le provincie avevano una personalità fortemente caratterizzata; esse erano Stati nello Stato. L'Assemblea costituente, trovando della resistenza nello spirito provinciale, distrusse le provincie e le sostituì con i dipartimenti, divisione del territorio puramente amministrativa. Essi non figurano mai nel codice Napoleone: questo nomina lo Stato e i comuni, non nomina i dipartimenti; definisce i beni comunali (art. 542), ma non parla dei beni dipartimentali, perchè i dipartimenti non avevano beni. La legge fondamentale del regno dei Paesi Bassi modificò quest'ordine di cose; essa ritornò all'antica tradizione dei Belgi, mettendo le provincie allo stesso livello dei comuni; le provincie hanno infatti, nei nostri costumi, nelle nostre memorie, radici profonde quanto la vita comunale. Tuttavia, cosa rimarchevole, nè la legge fondamentale, nè le leggi particolari han riconosciuto formalmente nelle provincie la personalità che la legislazione francese rifiutava ai dipartimenti. La quistione non è senza difficoltà. La Corte di Bruxelles giudicò, con sentenza del 30 luglio 1861, che sotto il regno dei Paesi Bassi la provincia non era che una divisione territoriale, sta-

bilita allo scopo di facilitare, di semplificare e di rendere più economica l'amministrazione generale del paese, ma che non poteva, sotto alcun punto di vista, essere considerata come una persona civile. Nel ricorso in cassazione, Faider, avvocato generale, sostenne l'opinione contraria in una requisitoria memorabile, e la Corte si pronunziò per questa opinione. Che importa che nessuna legge conferisca la personificazione alle provincie? Vi ha forse una legge che la conferisce ai comuni ed allo Stato? Ma la legge fondamentale parlava *degl'interessi della provincia* (art. 137); la legge del 12 luglio 1821 parlava *dell'interesse provinciale*, di spese *d'interesse provinciale* opposte a quelle *d'interesse generale*. Ciò era assimilare la provincia al comune. Avendo interessi distinti da quelli dello Stato, le provincie, al pari dei comuni, formavano per ciò solo dei corpi morali capaci d'acquistare diritti e di contrarre delle obbligazioni (1). È fuor di dubbio che le provincie godano di ciò che si dice la personificazione civile, secondo la legislazione belga. La legge provinciale del 30 aprile 1826 conferisce esplicitamente ai Consigli provinciali tutti i diritti inerenti a questa personificazione, autorizzando gl'imprestiti, gli acquisti, le alienazioni e i cambi di beni della provincia, e conseguentemente le azioni giudiziarie, relative a questi beni. La provincia è lo Stato in piccolo, avente le medesime attribuzioni, ma in una più ristretta sfera d'azione.

294. I comuni, dice Savigny, hanno un'esistenza naturale; essi sono, per la maggior parte, anteriori allo Stato, di cui formano gli elementi costitutivi (2). Senza dubbio, l'esistenza dei comuni è necessaria, e in questo senso essa può dirsi naturale. Bisogna concluderne che i comuni sono persone naturali, e che, per conseguenza, essi godano della pienezza dei diritti che appartengono all'uomo? Questa tesi fu sostenuta, ciò che prova il pericolo dell'espressione di persona civile. Questa espressione è ambiziosa, e accende facilmente l'ambizione nei corpi ai quali viene applicata. Ma la legge l'ignora, e la natura anche ci dice che i comuni non nascono come gli uomini. Essi sono il primo germe dello Stato, la prima forma sotto la quale esso si manifesta nella storia; si può dunque dire di questi piccoli Stati ciò che noi abbiamo detto dello Stato, organo della nazione. Gli uomini possono vivere, e di certo son vissuti lungo tempo prima che vi fossero comuni costituiti. Dunque i comuni non nascono; essi sono creati, come lo Stato, dalla legge, per una destinazione speciale. Per ciò i loro diritti sono diritti speciali, diritti di cui han bisogno per compiere la loro missione. Si dice che

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 16 gennaio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, p. 65-96) La Corte di Gand si è schierata per l'avviso della Corte di cassazione (Sentenza del 5 maggio 1666, nella *Pasicrisie*, 1666, 2, 211).

(2) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. II, § 86, n. 239.

i comuni sono necessarii. Certo, ma lo è pure lo Stato, e nondimeno occorre una legge per organizzarlo, esso non ha che i diritti che la legge gli dà. Come il comune avrebbe esso la pretensione di essere una persona investita di tutti i diritti dell'uomo, allorchè lo Stato, a cui esso è subordinato, non ha una vera personalità?

Vengono gli *stabilimenti pubblici* o *d'utilità pubblica*. Il nome stesso che il codice Napoleone dà loro indica lo scopo per cui la legge riconosce in essi alcuni diritti: è per un interesse generale che la legge li organizza, ed esigendo la loro missione ch'essi abbiano alcuni diritti, la legge li accorda. Questi diritti sono più limitati che quelli dello Stato, delle provincie e dei comuni. Lo Stato deve provvedere agli interessi generali della società; la provincia regola gli interessi d'una porzione considerevole dello Stato, ed il comune regola pure gl'interessi d'un gran numero di abitanti, che eccede talvolta quello di un regno. Non è lo stesso degli stabilimenti pubblici. La loro destinazione, quantunque si riferisca agli interessi della società, è tutta speciale. Quindi i loro diritti debbono essere anche più limitati. Si vede di nuovo la differenza profonda che separa le persone dette civili dagli esseri umani. Questi godono tutti di ogni diritto per la loro sola qualità di uomini. Ecco perchè si chiamano per eccellenza *persone*. I corpi, al contrario, e gli stabilimenti ai quali si dà il nome di *persone civili*, hanno ciascuno dei diritti differenti, perchè ciascuno ha una ragion d'essere differente. Ecco perchè la legge non li chiama *persone*, e non si dovrebbe accordar loro un nome che risponde sì poco alla realtà delle cose.

295. Quando il codice civile parla di stabilimenti pubblici colloca sempre in primo luogo gli ospedali. Questa è un'istituzione necessaria, poichè vi saranno sempre delle miserie umane alle quali bisogna apportare rimedio. Tuttavia nessuno dirà che essa costituisca una persona naturale. È una creazione del legislatore, che ha di già subito molte modificazioni e che ne subirà ancora, a misura che le idee ed i sentimenti sulla carità pubblica si modificheranno. La Rivoluzione, che soppresse tutte le corporazioni religiose e la maggior parte delle corporazioni laiche, rispettò gli ospedali. Una legge del 16 vendemmiale anno V li conservò nel godimento dei loro beni, e stabilì alcune regole sulla loro organizzazione. Gli amministratori municipali nominano una Commissione di cinque membri, la quale dirige i diversi stabilimenti di carità ed amministra i beni che essi possedono. Questi beni provengono da doni e da legati. In questo senso gli ospedali godono di alcuni diritti privati; essi son proprietarî, ma la loro proprietà non ha nulla di comune col diritto di proprietà dei privati; questo è un diritto, quello è un onere, un servizio pubblico. È la società che esercita la carità per mezzo degli ospedali.

Gl'istituti di beneficenza si possono assimilare agli ospedali. È un solo e medesimo servizio pubblico, quello della carità sociale. Prima della rivoluzione dell'89 i beni della Chiesa erano reputati il patrimonio dei poveri: la Chiesa era dunque un'immensa istituzione di beneficenza. Dopochè l'Assemblea costituente ebbe riunito i beni della Chiesa al demanio pubblico, fu necessario organizzare una carità civile. Da ciò le amministrazioni di beneficenza nominate dalle autorità municipali, ed aventi per oggetto la distribuzione di soccorsi a domicilio. Noi vediamo qui una legge che crea ciò che si dice una persona civile. La legge del 7 frimaio anno V non pronuncia però questa parola; essa organizza un servizio pubblico e chiama i cittadini a cooperarvi, facendo delle liberalità ai poveri. In qual senso gl'istituti di beneficenza godono della personificazione civile? Essi son proprietarii, contrattano per i bisogni della loro gestione, possono agire in giudizio. Quantunque istituiti dai comuni, e posti sotto la loro tutela, essi non si confondono con questi; la loro è una funzione particolare che ha un organo particolare. Questa funzione esige che gli istituti di beneficenza, al pari degli ospedali, abbiano un patrimonio, il quale deve essere amministrato e distribuito in soccorsi, e all'occorrenza difeso innanzi ai tribunali. Ecco tutta la personificazione civile. Se gli ospedali e gl'istituti di beneficenza sono persone, sono però persone aventi un'esistenza limitatissima. Si può dire appena che essi hanno dei diritti, la loro proprietà stessa non essendo che una destinazione di alcune rendite ad un servizio di pubblica utilità.

296. Le fabbricierie ecclesiastiche sono egualmente un servizio pubblico. Esse furono stabilite, in principio, dalla legge del 18 germinale anno X, di cui l'art. 76 porta: « Saranno stabilite delle fabbricierie per vegliare al mantenimento ed alla conservazione dei tempii, ed all'amministrazione dell'elemosine ». Per elemosine bisogna intendere quelle che son fatte alla Chiesa per i bisogni del culto, e non quelle che la Chiesa farebbe, poichè essa ha cessato di essere una istituzione di beneficenza dopo la secolarizzazione dei suoi beni. Il decreto del 30 dicembre 1809 regola l'organizzazione e le funzioni delle fabbricierie. Esse amministrano, dice l'art. 1.°, i beni ed i fondi destinati all'esercizio del culto; esse assicurano questo esercizio, ed il mantenimento della sua dignità nelle chiese, alle quali sono annesse, sia regolando le spese necessarie, sia assicurando i mezzi di provvedervi. L'art. 36 enumera i proventi delle fabbricierie. Tra questi proventi figura il prodotto dei beni, rendite e fondazioni che sono state o potranno essere autorizzate ad accettare. Poi il decreto parla dettagliatamente degli *oneri* delle fabbricierie. Nulla è detto dei loro diritti. È questa un'osservazione che si può fare per tutte le persone dette *civili*. Se è quistione di persone reali, di uomini, la legge non parla che

dei loro diritti. Se è quistione di stabilimenti di pubblica utilità, il legislatore non si occupa che degli oneri che loro incombono. Nulla di più naturale, poichè essi sono essenzialmente un servizio pubblico. Ecco perchè le leggi danno loro il nome di *stabilimenti di utilità pubblica* e non quello di *persone*.

I *seminari* si rannodano al servizio della religione cattolica. Stabiliti in principio dagli articoli organici del concordato, essi furono organizzati dalla legge del 23 ventoso anno XII. Questa legge non dice una parola della personificazione dei seminari, non una parola dei loro diritti. Essa si limita a definire il servizio per cui sono stabiliti. A termini dell'art. 1.°, vi è per ciascuna circoscrizione metropolitana, e sotto il nome di seminario, una casa d'istruzione per coloro che si dedicano allo stato ecclesiastico. I seminari formano adunque un ramo d'istruzione pubblica; a questo titolo essi stanno allo stesso rango dei collegi e delle università, con cui si confondono negli altri paesi. È per considerazione della Chiesa che essi formano istituti particolari, che possono ricevere donazioni e legati (1). I seminari, come le fabbricierie, hanno una destinazione tutta speciale, i bisogni di un certo culto. Notiamo solamente che è stata necessaria una legge per dare il carattere di stabilimenti pubblici ad istituzioni, le quali, come i seminari e le fabbricierie, non concernono che un culto particolare. La Chiesa ha la pretensione d'essere più che una persona civile; i canonisti dicono che essa è una società perfetta; essi intendono per ciò che forma uno *Stato* avente un vero *potere*, e questo potere essa lo tiene non dalla legge, ma da Dio che l'ha fondata. Per conseguenza, essa reclama ciò che i legisti chiamano la personificazione civile per tutti gli stabilimenti che essa giudica necessari (2). Queste pretensioni non sono per nulla fondate, è dunque inutile discuterle. Infatti, non si è mai osato sostenerle innanzi ai tribunali, perchè si sapeva anticipatamente che sarebbero state respinte. Sul terreno giuridico è una eresia il dire che vi ha una persona, detta *civile*, senza legge od anche malgrado la legge. Vi è un caso che si è presentato innanzi alla Corte di Bruxelles e che mette questo principio elementare in tutta la sua luce.

I vescovi, o, se si vuole, i vescovati, formano essi una persona civile, per servirci dell'espressione usitata? Con sentenza del 4 agosto 1860 (3) è stato giudicato che i vescovi non hanno la qualità di persone civili, nè, per conseguenza, il diritto di stare in giudizio, come tali, per gl'interessi delle loro diocesi.

---

(1) Decreto del 30 dicembre 1809, art. 113; decreto del 6 novembre 1813, art. 67.

(2) Vedi il mio *Étude sur l'Église et l'État depuis la Révolution*, p. 220 e seg. Fra i canonisti, noi citeremo il più sapiente: PHILLIPS, *Kirchenrecht*, t. II, p. 585 e seg.

(3) *Pasicrisie*, 1861, 2, p. 128.

La Corte di Bruxelles parte da questo principio incontestabile e incontestato « che la legge non riconosce come persone civili in fatto di stabilimenti che quelli di cui essa ha positivamente decretato l'esistenza ». Tutta la quistione, continua la Corte, si riduce dunque a sapere se una legge ha attribuito la personificazione civile ai vescovi. La sentenza decide che ciò non è. La sola disposizione legislativa che si possa allegare in pro dei vescovi è il decreto del novembre 1813: ma basta leggere l'intitolazione per convincersi che questa non è una legge generale, ma una legge particolare concernente alcune parti soltanto dell'impero. Ciò risolve la quistione.

297. Vi sono altri stabilimenti religiosi che han dato luogo a ripetute discussioni innanzi ai nostri tribunali. Ora che la giurisprudenza è costante, si domanda come la quistione ha potuto sembrare tanto dubbia per essere portata in giudizio. Si tratta di congregazioni ospedaliere. Il decreto del 18 febbraio 1809 permette di accordar loro la qualità di *istituzione pubblica*, o, come dicono i legisti, di persona civile. È questa una derogazione evidente alla legge della Rivoluzione che soppresse tutte le corporazioni religiose, le ospedaliere così come le altre. Citiamo il famoso decreto del 13 febbraio 1790 art. 1: « La legge costituzionale del regno non riconoscerà più voti monastici solenni, nè dell'uno nè dell'altro sesso; in conseguenza, *gli ordini e le congregazioni regolari in cui si fanno questi voti sono e restano soppressi in Francia, senza che possano esserne stabiliti di simili nell'avvenire* ». Le congregazioni ospedaliere ed insegnanti mantenute dapprima a titolo di associazioni, poi a titolo individuale, finirono per essere disciolte (1). Allorchè il culto cattolico fu ristabilito, non restavano più nè religiosi, nè religiose, e l'intenzione ben evidente del primo console e dell'imperatore era di mantenere l'abolizione pronunciata dai legislatori rivoluzionarii. Ma, il servizio degli ospedali essendo stato disorganizzato durante l'anarchia rivoluzionaria, Napoleone credè dover ristabilire le corporazioni ospedaliere, accordando il carattere d'*istituzione pubblica* a quelle i cui statuti fossero stati approvati da lui. Egli ebbe cura di limitare questo favore alle congregazioni « che avessero per iscopo di servire gli ospedali dell'impero, di servire gli infermi, gli ammalati ed i fanciulli abbandonati, o di portare ai poveri delle cure, dei soccorsi, dei rimedii a domicilio » (art. 1). Il testo del decreto non può essere più chiaro, e lo scopo dell'imperatore è evidente. Se egli consente a ristabilire la manomorta è unicamente in vista d'un servizio di pubblica utilità: il nome stesso che designa le suore *ospedaliere* le identifica, per così dire, con gli ospedali e con la cura degl'infermi.

(1) Vedi l'analisi delle leggi emanate durante la Rivoluzione, nella *Pasicrisie*, 1858, 2, p. 288 e seg.

Ecco ancora altre persone dette *civili;* il decreto del 1809 non dà loro questo titolo, esso le qualifica come *istituzione pubblica*, espressione più esatta. Le congregazioni ospedaliere, quando sono autorizzate dal governo, concorrono all'opera della beneficienza pubblica, di cui sono particolarmente incaricati gli ospedali. Si può dire di esse ciò che noi abbiamo detto degli ospedali: sono una funzione sociale. La manomorta non è ristabilita parzialmente che in favore di questo servizio: è la beneficenza che è la ragione d'essere dell'istituzione. Dunque, al di fuori della beneficenza, essa non esiste più. Ciò vuol dire che, se le congregazioni ospedaliere hanno un altro obbietto che non sia la cura gratuita degl'infermi, esse non possono ricevere il carattere d'istituzione pubblica, la quale dal decreto del 1809 non fu organizzata che in vista d'un servizio speciale. Se la congregazione fosse insegnante, anche quando desse l'istruzione gratuitamente, essa non potrebbe ricevere il titolo d'istituzione pubblica in virtù del decreto del 1809. Poichè non dimentichiamo che questo decreto è un'eccezione, una derogazione al diritto comune, ed una derogazione la quale, in un certo senso, è contraria all'interesse generale, poichè essa ristabilisce la manomorta, che è stata abolita precisamente perchè contraria agl'interessi della società. Ma non basta. La congregazione, fosse pure ospedaliera, non potrebbe essere autorizzata se, oltre la cura dei poveri, avesse per obbietto anche l'istruzione, fosse pure gratuita. Infatti la destinazione delle congregazioni ospedaliere, come istituzione pubblica, è definita dal decreto; esse non possono ricevere questo carattere che nei limiti che il decreto determina; fuori di questi limiti, esse non han più il diritto di esistere (1). È vero che Napoleone autorizzò delle congregazioni le quali, oltre la cura dei poveri, si dedicavano all'istruzione, ma l'imperatore aveva usurpato un potere che, nell'ordine regolare delle cose, non può appartenere al capo di uno Stato costituzionale. Il decreto stesso del 1809 era illegale; quindi anche l'esecuzione del decreto poteva essere illegale, senza che queste illegalità potessero servire nè di precedenti, nè di autorità.

È in questo senso che le Corti del Belgio interpretano il decreto. È avvenuto che decreti reali, emanati nel regno dei Paesi Bassi o nel Belgio, hanno autorizzato delle congregazioni che si dedicavano all'insegnamento. Questi decreti sono illegali, e quindi è un dovere per i tribunali di non applicarli (2). La giu-

---

(1) Costituzione belga, art. 107.

(2) Sentenza della Corte di Bruxelles del 3 agosto 1846 (*Jurisprudence*, 1847, 2, 235), confermata da una sentenza di rigetto della Corte di cassazione dell'11 marzo 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 7-25). Sentenza del 14 agosto 1846 (*Jurisprudence*, 1847, 2, 243-363), Sentenza della Corte di Bruxelles del 28 aprile 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 281-303), confermata da una sentenza di rigetto del 14 maggio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 204-222).

risprudenza è fondata su principii incontestabili. Solamente essa non ci sembra molto rigorosa; noi parliamo del rigore del diritto. Essa sembra ammettere che l'istruzione gratuita data da una congregazione, quando, del resto, questa ha per obbietto la cura dei poveri, non sarebbe un ostacolo a che essa fosse riconosciuta come istituzione pubblica. Noi crediamo che questo sia eccedere i limiti del decreto il quale non menziona l'insegnamento. Ora, un'istituzione pubblica non può avere altre attribuzioni che quelle conferitele dalla legge. Tutto in questa materia è di stretta interpretazione. Senza legge non vi ha persona detta *civile;* dunque, dal momento che ci allontaniamo dalla legge, non può esservi più personificazione civile.

298. Dobbiamo dire ancora una parola intorno ad una quistione sollevata dalle associazioni religiose, che si sono moltiplicate nel Belgio sotto l'egida della libertà consacrata dalla nostra costituzione. L'art. 20 dice che i Belgi hanno il diritto di associarsi, e che questo diritto non può essere sottoposto ad alcuna misura preventiva. Si domanda se le società religiose od altre, stabilite in virtù di questo diritto, godono della personificazione civile. Enunciare la quistione è risolverla; c'è da sorprendersi che essa sia stata enunciata. Che ha mai il diritto d'associazione di comune colla personificazione civile? Associarsi è un diritto costituzionale; forse che formare un corpo od uno stabilimento d'utilità pubblica è pure un diritto stabilito dalla costituzione? Giammai idea simile è venuta ad un legislatore. Da che esistono persone dette *civili*, è principio elementare che esse non possono esistere che in virtù della legge, ciò che vuol dire che per ciascuna persona civile occorre un atto legislativo che la chiami all'esistenza, che definisca l'obbietto di questa istituzione pubblica, ed i limiti nei quali essa esercita la sua azione. Chi dunque potrebbe pensare a personificare in massa tutte le associazioni presenti e future? Non solamente gli autori della costituzione non hanno avuto quest'idea assurda, ma essi l'hanno formalmente respinta quando fu proposta dai partigiani delle congregazioni religiose. Noi non insistiamo: si può vedere la dimostrazione largamente sviluppata di ciò che noi diciamo nelle sentenze che han consacrato la nostra dottrina, se è permesso di dare questo nome alle più semplici nozioni di diritto (1).

Le associazioni religiose, non potendo invocare la costituzione per reclamare la personificazione, han tentato di costituirsi in società civili, e di ottenere per questo mezzo i beneficii delle antiche corporazioni, pur essendo libere dagli impacci che risultavano, sotto l'antico regime, dall'intervento dello Stato. Ciò

(1) Sentenza del 13 maggio 1861 della Corte di Bruxelles (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191-218), confermata da una sentenza di rigetto del 17 maggio 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 288).

era eludere le leggi che aboliscono le corporazioni e la manomorta, diciamolo pure, era frodare la legge. Noi ritorneremo su questo argomento, che è di un'importanza estrema, trattando delle donazioni e dei legati, e quando spiegheremo il titolo della Società. Pel momento basta constatare che la frode è riuscita, malgrado la giurisprudenza che la colpisce di nullità: noi abbiamo nel Belgio gli antichi conventi, colla frode in più, colla violazione della legge in più, e senza le garanzie che l'antica legislazione dava allo Stato ed agli individui.

§ 2. — *Diritti delle persone civili.*

299. Noi diciamo che i corpi e gli stabilimenti pubblici sono impropriamente chiamati *persone civili*. Questa espressione non è senza pericolo. Dando il nome di *persona* allo Stato, alle provincie, ai comuni, ed a certi stabilimenti di pubblica utilità, ci sembra di metterli allo stesso livello delle persone reali, gli uomini. Ci sembra riconoscere loro gli stessi diritti. Che importa, si dirà, e perchè non dovrebbe essere così? Egli è perchè vi ha un'enorme differenza fra gli uomini e le corporazioni: gli uni invecchiano, le altre non invecchiano, e questa perpetuità accende in esse un'ambizione che non ha limiti, ed uno spirito di usurpazione che minaccia la società e gli individui. Si ricordino gli abusi della manomorta! Gli individui sono proprietari, come lo sono le corporazioni. Ma gli individui non hanno che un diritto vitalizio: se essi acquistano, essi alienano anche, e questa mobilità della proprietà è un elemento essenziale della vita sociale: ciò che viene espresso dall'adagio che i beni debbono restare nel commercio. Mentre i beni i quali appartengono a persone dette *civili* escono fuori del commercio, perchè, da una parte, queste persone non muoiono, dall'altra acquistano sempre e non vendono mai.

Se tali sono gli inconvenienti inerenti a tutti gli stabilimenti di manomorta, bisogna, si dirà, abolirli. Se si mantengono, poco importa che si dia o si rifiuti loro il titolo di persona civile; gli abusi saranno sempre i medesimi. Sì, l'esperienza dei secoli sta contro le *manomorte*, ed essa consiglia di abolirle come fece il legislatore rivoluzionario; o, se devesi conservarle per un motivo di necessità o di pubblica utilità, bisogna per lo meno limitare la loro sfera d'azione, di modo che compiano lo scopo per cui sono istituite senza divenir pericolose per la società e per gli individui. È bene dunque che il linguaggio stesso della legge apprenda loro che non son già persone, ma solamente istituzioni stabilite per un interesse generale, che, per conseguenza, lungi d'avere la loro ragione d'essere in sè stesse, non hanno la ragione d'esistere che nel servizio pubblico per cui sono create.

Importa ancora, sotto il punto di vista giuridico, di non dare il nome di *persona* a corpi o a stabilimenti che in realtà non hanno personalità. Il diritto è una scienza essenzialmente logica, quindi, bisogna curare che il linguaggio sia altrettanto preciso quanto le idee; altrimenti si rischia d'incorrere, per via di deduzioni e di ragionamenti, in conseguenze che la logica ammette, ma che la ragione e l'interesse sociale respingono. Date il nome di *persona* ad uno stabilimento: i legisti saranno spinti fatalmente a rivendicare per questa corporazione tutti i diritti di cui godono le persone naturali. Se, al contrario, il legislatore rifiuta il titolo di persona ai corpi ed agli stabilimenti che trova bene di creare, se esso li qualifica, come ha cura di farlo, istituzioni di pubblica utilità, i giureconsulti ne dedurranno questa conseguenza logica, ch'essi sono in presenza, non di un essere reale avente dei diritti, ma d'un servizio pubblico che ha degli oneri. Nel primo caso, essi son portati ad estendere i diritti delle persone dette *civili* sino ad assimilarle alle persone reali; nel secondo caso, essi non riconosceranno loro altri diritti che quelli i quali sono loro assolutamente necessari per compiere la loro missione, vale a dire che i pretesi diritti divengono oneri.

300. Gli uomini soli sono persone, ed essi soli hanno diritti. Che cosa sono infatti i diritti naturali e civili che la legge riconosce ad ogni uomo? Sono alcune facoltà che si riferiscono sia alle relazioni degli individui fra loro, sia alle relazioni degli individui con gli oggetti del mondo materiale. Queste facoltà sono necessarie all'uomo pel suo sviluppo materiale, intellettuale e morale, vale a dire perchè esso possa compiere il fine pel quale Dio l'ha creato. È perciò che si chiamano diritti naturali, e questa è anche la ragione per la quale tutti i diritti privati sono diritti naturali. Questa nozione dei diritti naturali è essa applicabile alle persone dette *civili*? Sono esse forse chiamate a svilupparsi, a perfezionarsi fisicamente, intellettualmente, moralmente, come gli individui? La questione non ha senso. Dunque, nel senso vero della parola, i corpi e gli stabilimenti non hanno diritti.

Se la legge riconosce alcune facoltà alle persone dette civili, è perchè essa le assimila, per finzione, alle persone reali. L'assimilazione è fondata su ciò, che anche i corpi e gli stabilimenti pubblici hanno una certa missione da compiere, e, perchè essi possano farlo, hanno bisogno di alcune facoltà che la legge loro accorda. Ma l'assimilazione è sempre nulla più che una finzione, ed ogni finzione legale è per sua essenza limitata all'oggetto pel quale è stabilita. Da ciò una differenza capitale fra gli uomini e gli esseri fittizî che si chiamano persone civili. Ai primi è permesso di perfezionarsi, e questo perfezionamento è infinito; quindi la facoltà o i diritti di cui debbono godere sono del pari infiniti. Non è lo stesso dei corpi e degli stabilimenti

pubblici. Essi sono istituiti per un servizio pubblico, e il legislatore accorda loro i mezzi necessarî perchè possano compiere la funzione sociale di cui esso li investe. Ecco che cosa sono i loro diritti. Questi sono dunque essenzialmente limitati, e sarebbe darne una falsissima idea paragonarli ai diritti degli individui.

I diritti degli individui sono naturali, e perciò infiniti; bisogna aggiungere che essi sono assoluti, nel senso che l'uomo ne usa o non ne usa a sua volontà, e siccome esso è un essere libero, ne usa bene o male; è il suo diritto, ma la responsabilità è congiunta alla libertà. Dunque l'idea di diritto implica quella di libertà. Certo non si dirà che le persone dette civili sieno esseri liberi; quindi non è che impropriamente che si può parlare de' loro diritti. Sarebbe più esatto il dire che l'idea di diritto applicata ai corpi ed agli stabilimenti pubblici cambia di natura: ciò che per l'individuo è un diritto, diviene un onere per la corporazione. Noi diciamo *onere* e non *obbligazione*, poichè l'idea di *obbligazione* meglio che quella di diritto, non si concepisce, per esseri fittizî, per la ragione che essi non hanno libertà. E dove non v'ha libertà può parlarsi d'obbligazione? Così le persone dette civili non hanno nè diritti veri, nè vere obbligazioni. Come sarebbero quindi persone giuridiche? Esse sono istituzioni incaricate d'un servizio pubblico. Tale è il linguaggio della legge; esso risponde alla realtà delle cose molto meglio che l'espressione di *persone civili*.

301. Quali sono i diritti che le leggi accordano alle persone dette civili? Esse possono essere proprietarie, perchè hanno bisogno di alcuni proventi per compiere il fine della loro istituzione. Esse possono dunque acquistare e possedere, per conseguenza contrattare e stare in giudizio. Tale è, dicono i giureconsulti romani, l'essenza della personificazione fittizia (1); essa implica necessariamente che enti i quali non hanno vita reale siano rappresentati mediante organi aventi vita: cioè, è mediante costoro che essi acquistano, posseggono, agiscono. Possedere e farsi rappresentare, ecco, dice Savigny, ciò che costituisce la persona giuridica (2). In qual senso le persone civili posseggono, contrattano, agiscono in giudizio? « I corpi, risponde Pothier, sono esseri intellettuali, differenti e distinti da tutte le persone che li compongono. È perciò che le cose le quali appartengono a un corpo non appartengono in alcun modo, in alcuna parte, a ciascuno dei privati di cui il corpo è composto; ed in ciò la

(1) L. 1, § I, D. III, 4: « Quibus autem permissum est corpus habere collegii, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicae, habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem, tanquam in republica, quod comuniter agi fierique oporteat, agatur, fiat ».

(2) SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, t. II, § 88, p. 259.

cosa appartenente a un corpo è differentissima da una cosa che sarebbe comune fra parecchi privati, per la parte che ciascuno ha nella comunione che è fra essi » (1).

Questa distinzione è evidente, ed è elementare. Ma se è la persona civile che possiede, possiede allo stesso titolo della persona naturale? È un vero diritto di proprietà ch'essa esercita? Apriamo il nostro codice, e domandiamo al legislatore che cosa è la proprietà. L'art. 544 risponde che è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta. È questa la proprietà delle persone civili? Essa si chiama una proprietà *vincolata,* perchè ha una destinazione speciale (2). Lo Stato ha dei beni; le provincie, i comuni hanno dei beni. Possono per ciò questi corpi godere dei loro beni nella maniera la più assoluta? Gli ospedali, gli istituti di beneficenza, le fabbricierie possono goderne come meglio credono? No certo; le leggi medesime, in virtù delle quali essi possiedono, destinano i lori beni a un uso pubblico, e vegliano a che questa destinazione sia effettuata. La proprietà delle persone civili non è dunque più il diritto di godere; esse godono a condizione di impiegare i prodotti dei beni al servizio pubblico cui hanno la missione di servire. Se il loro diritto di godere è *vincolato,* a più forte ragione lo è il loro diritto di disporre. Lo Stato è la più caratteristica delle persone dette *civili.* Ebbene, vi è una parte del dominio pubblico che non può essere alienata, perchè è destinata all'uso del pubblico. Quanto ai beni dello Stato che restano nel commercio, esso non ne può disporre che in virtù di una legge. Vi sono dei limiti analoghi per i beni delle provincie e dei comuni, come per quelli che appartengono agli stabilimenti di utilità pubblica. La proprietà, che è il più illimitato dei diritti quando è nelle mani dei privati, non è più che un *vincolo* quando appartiene a persone civili. Si può chiamare *proprietà* ciò che non è che una destinazione a un servizio pubblico? Si può chiamare diritto ciò che non è che un onere?

302. Gli individui possono acquistare come vogliono, quanto essi vogliono. È lo stesso di questi esseri fittizî che si chiamano persone civili? Notiamo anzitutto che v'ha un modo d'acquisizione, e questo è il più considerevole, la successione *ab intestato,* che le persone *civili* non possono avere, perchè, fondata sui legami del sangue, essa non può essere applicata ad esseri che, essendo senza vita reale, non hanno famiglia. Lo Stato solo succede, ma è per caducità, e come occupante dei beni che non hanno padrone. Si dirà che le persone fittizie sono compensate mercè i doni e i legati. Sì, è questo precisamente uno dei pericoli congiunti alle corporazioni religiose. Questa

(1) POTHIER, *Traité des personnes,* parte 1.ª, t. VII.
(2) Vedi la memorabile requisitoria di FAIDER, avvocato generale alla Corte di cassazione, nella *Pasicrisie,* 1863, I, 91.

usurpazione dei beni, che la natura destina a coloro che vivono una vita vera, ha finito per sollevare l'opinione pubblica contro tutto ciò che si dice corporazione. Questo sentimento, che durante la Rivoluzione fu spinto sino all'odio, è legittimato. Non bisogna che esseri fittizî prendano il posto degli esseri reali; non bisogna che la vita fittizia soffochi la vita vera. Ecco una differenza radicale fra la proprietà degli individui e quella delle persone dette civili. Non si vede il legislatore intervenire per limitare il diritto che hanno i privati di acquistare e di possedere, mentre è stato costretto di limitare il diritto delle corporazioni e soprattutto delle corporazioni religiose. Egli è che per l'individuo la proprietà è un bene, è l'espressione e la guarentigia della sua personalità. Nelle mani delle corporazioni, al contrario, la proprietà diviene necessariamente una sorgente d'abusi. Da ciò quella specie d'odio che persegue la manomorta. Non si dica che è questo l'odio della religione. La reazione contro la manomorta è antica quanto la manomorta stessa; essa data da un'epoca in cui l'incredulità era ignota; essa si manifesta presso popoli che in ogni tempo sono stati sinceramente devoti alla Chiesa.

Si legge in uno dei nostri vecchi cronisti (1): « La contessa Margherita, *vedendo che gli acquisti delle genti di Chiesa in Fiandra crescevano giornalmente, di maniera che, se non vi si provvedeva, erano sulla via di divenire in breve tempo signori di tutto il paese*, fece, col consiglio dei nobili e d'altri del suo paese, proibire mediante editto generale e perpetuo che niuna persona di religione nè della santa Chiesa, di qualsiasi condizione e qualità fosse, procedesse ad acquisto di terre, rendite o signorie esistenti sotto la sua giurisdizione senza averne preventivamente da Lei o dai suoi successori, conti e contesse di Fiandra, concessione o licenza speciale ». Il divieto non fu osservato. Un principe celebre, Carlo V, che certo non è sospetto di ostilità contro la religione, pubblicò un nuovo editto all'epoca del suo avvenimento al trono. Il 26 aprile 1515, cedendo alle *suppliche* del popolo, proibì in modo assoluto alle genti di manomorta di acquistare per successione o atto di ultima volontà; egli non permise loro d'acquistare che a titolo oneroso, col consenso del sovrano. Questi divieti non furono osservati nel secolo XVI meglio che non lo fossero stati a partire dal secolo XIII. Il commentatore della consuetudine d'Artois dice: « Non ostante i divieti che son fatti loro dalle ordinanze, tanto di Francia che dei Paesi Bassi, le manomorte non cessano di acquistare degli immobili ». « È notorio, scrive Wynants, che gli ecclesiastici possiedono i due terzi e più del paese, e che in poco tempo, se non vi si provvede, essi si impadroniranno

(1) Oudegherst, chap. 117.

di tutto ». Verso la metà del secolo XVIII si odono i medesimi lamenti: gli acquisti delle genti di manomorta, diceva il Consiglio privato, erano « senza numero e senza fine », e così pure le frodi che esse compivano per isfuggire alle proibizioni delle ordinanze (1). Ascoltiamo una pia principessa. Maria Teresa dice nel preambolo del suo editto del 1753: « Per salutari che sieno queste leggi, fondate sul bene comune della società, l'esperienza non fa che constatare *che si son trovati dei mezzi di ogni natura per eluderne l'esecuzione,* talmente che le genti di manomorta han saputo continuare a pervenire al godimento di quantità di beni immobili... Noi conosciamo tutto il favore che meritano stabilimenti i quali non hanno per obbietto che il servizio di Dio, l'istruzione dei fedeli e il sollievo dei poveri; e noi impieghiamo sempre volentieri le nostre cure per la conservazione dei possessi legittimi di quelli che sono stati formati per motivi di utilità pubblica e conformemente alle leggi. Ma, accordando la nostra protezione reale al mantenimento di questi possessi, l'interesse e la *voce comune* dei nostri fedeli sudditi ci invitano a vegliare anche alla conservazione delle famiglie e ad impedire che, mediante acquisti *contrari alle leggi,* una gran parte dei fondi o d'altri beni immobili sia sottratta al commercio ».

L'editto del 15 settembre 1753 porta, art. 1.°: « Noi vogliamo che tutte le ordinanze, divieti e proibizioni dei Principi nostri predecessori, segnatamente l'editto dell'imperatore Carlo V del 19 ottobre 1520, sieno puntualmente osservati ». Maria Teresa si ingegnò a colpire la frode che aveva eluso gli editti. Una quantità di beni, dice l'art. 7, era stata acquistata a profitto delle genti di manomorta sotto nomi presi in prestito e per interposte persone. L'editto vuole che i pretesi acquirenti ne facciano la dichiarazione, sotto pena di confisca del valore delle parti occultate e di punizione arbitraria a carico di quelli che non saranno in grado di pagare questo valore. Poscia l'editto dichiara nulli gli acquisti che le genti di manomorta potrebbero cercar di fare in avvenire, *per qualsiasi mezzo o pretesto,* ed aggiunge che questi acquisti saranno egualmente soggetti a confisca. La nullità non spaventò le corporazioni; esse si mettevano al di sopra della legge. Per impedire la frode Maria Teresa volle che i magistrati ed uomini di legge, pel ministero dei quali si faceva il trasferimento degli immobili, e coloro che li acquistavano, giurassero che ciò non era a profitto di alcuna manomorta. Coloro che presteranno il loro nome malgrado il giuramento, dice l'art. 16, saranno puniti come spergiuri, con tutto il rigore delle leggi (2).

---

(1) Noi togliamo queste citazioni da ORTS, *De l'incapacité civile des congrégations réligieuses,* pagine 36-38.

(2) L'editto si trova in MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Mainmorte,* § 5.

Pare che il timore dello spergiuro non arrestasse le frodi delle genti di manomorta. Nel 1787 i beni del clero si elevavano in una sola provincia, il Brabante, a 300 milioni. Nel Belgio il patrimonio della Chiesa ascendeva alla cifra enorme di 4 miliardi e 267 milioni! (1). La Rivoluzione impiegò un mezzo energico per metter fine a questa frode secolare: essa soppresse la manomorta ed anche le semplici associazioni religiose. Questo rimedio eroico è poco in armonia con le nostre idee di libertà. La nostra costituzione proclama il diritto illimitato di associazione; sotto l'egida di questa libertà la manomorta si è ricostituita, quantunque resti legalmente soppressa. Noi ritorneremo sulle nuove frodi immaginate per trasformare le associazioni in persone civili. In diritto non v'ha più manomorta, salvo i beni che possiedono lo Stato, le provincie, i comuni e gli stabilimenti di pubblica utilità. In fatto, la manomorta sussiste più fraudolenta che mai.

303. Si vede che la proprietà, che è un beneficio quando è posseduta dagli individui, diviene un pericolo per la società quando il suolo viene usurpato dalle così dette persone *civili*. Ma lasciamo da parte gli abusi, e ritorniamo sul campo del diritto. Se si riconosce il diritto di proprietà agli esseri fittizî chiamati persone civili, bisogna accordar loro anche il diritto di contrattare. È il corpo che parla nel contratto, per l'organo del suo rappresentante legale, non i privati di cui il corpo è composto; è dunque il corpo soltanto che è creditore o debitore; coloro che lo compongono non possono esercitare i diritti che risultano dal contratto, e non sono tenuti ad obblighi che il corpo ha contratti. Da ciò segue, dice Pothier, che il creditore del corpo non può esigere da ciascuno dei componenti questo corpo ciò che gli è dovuto dal corpo, esso non può fare condannare al pagamento che il corpo; non può citare che il corpo, nella persona del sindaco o procuratore, e non può sequestrare che gli oggetti appartenenti al corpo (2).

Il diritto di contrattare, che appartiene alle persone dette *civili*, è *vincolato* come il diritto che esse hanno di acquistare e di possedere. Questa è pure una differenza capitale fra le persone reali e le persone fittizie. L'uomo può obbligarsi indefinitamente; i corpi e gli stabilimenti pubblici non possono fare un passo senza controllo, senza osservare certe forme, senza essere assoggettati a certe condizioni. La ragione di questa differenza è evidente. I corpi non vivono, essi sono una istituzione pubblica il cui scopo è limitato, i cui mezzi d'azione, per conseguenza, debbono pure essere limitati. Ciò vuol dire che in realtà questi corpi non sono persone. Essi non hanno e non possono avere ciò che costituisce l'essenza della personalità

(1) ORTS, *De l'incapacité civile des congrégations réligieuses*, p. 41 e seg.
(2) POTHIER, *Traité des personnes*, parte 1.ª, tit. VII.

umana, la libertà. L'uomo è libero in tutto ciò che fa, mentre la pretesa persona civile ha sempre dei vincoli: essa non può acquistare, alienare, contrattare, litigare che con autorizzazione, o adempiendo alle formalità prescritte dalla legge.

Per l'addietro le corporazioni godevano di certe prerogative e privilegi. Esse erano assimilate ai minori, e per conseguenza potevano essere restituite in integro, mercè lettere di rescissione, per causa di lesione considerevole, contro obblighi rilevanti che avessero contratto. In altri termini, esse erano assimilate allo Stato, che godeva d'una prescrizione speciale. Le cose che loro appartenevano non potevano essere acquistate da un terzo detentore mercè l'usucapione ordinaria; non vi era che la prescrizione di quarant'anni che poteva essere loro opposta, sia per acquistare le cose che loro appartenevano, sia per liberarsi dai diritti ed azioni ch'esse avevano (1). Questi privilegi non esistono più (codice Napoleone, articoli 1118, 2227). Non resta loro che un solo diritto, a titolo d'incapacità; a termini della nostra legge ipotecaria (art. 47), lo Stato, le provincie, i comuni e gli stabilimenti pubblici hanno un'ipoteca legale sui beni dei loro ricevitori ed amministratori contabili. Sotto l'antico regime le corporazioni erano viste con favore, fintantochè non v'era pericolo di manomorta. Il legislatore moderno le guarda piuttosto con isfavore, ed in luogo di accordare loro dei privilegi, esso crea loro degli impedimenti affine di mantenerle nella sfera limitata delle loro attribuzioni.

304. Questa è una nuova differenza fra le persone naturali e le persone dette *civili*. Le prime hanno un campo illimitato per l'esercizio delle loro facoltà. Le altre non hanno facoltà; stabilite per compiere un servizio pubblico, esse debbono restringere la loro azione nella cerchia che è loro tracciata da questo servizio. Ciò è vero, anche per lo Stato, il più considerevole di questi esseri fittizii, quello che si avvicina di più all'uomo, perchè è l'organo della nazione. Si è domandato sovente se lo Stato potesse esercitare un'industria o un commercio. La quistione è stata sollevata sotto il punto di vista economico. Già si sa che lo Stato non può far nulla che in virtù di una legge. È lo stesso delle provincie e dei comuni, ed a più forte ragione degli stabilimenti di pubblica utilità. Si potrebbe concepire che una fabbricieria ecclesiastica si facesse fabbricante o commerciante? Noi comprendiamo che persone estranee alla scienza del diritto sostengano che le persone dette *civili* possano fare tutto ciò che la legge loro non vieta. È il nome di *persona* che le induce in errore; esse s'immaginano che la persona civile debba essere posta alla stessa stregua della persona naturale. Ciò è contrario alle più semplici nozioni di diritto. Le persone dette civili non esistono che in virtù della legge; esse

(1) POTHIER, *Traité des personnes*, parte 1.ª, tit. VII, art. 2.

non esistono dunque che per uno scopo determinato d'utilità o di necessità pubblica, e quindi nei limiti di questa sfera legale. Fuori di là esse non esistono più; domandare se una persona civile può agire indipendentemente dallo scopo per cui è stata creata, è domandare se un non-essere, se il niente ha vita e può agire. Si eviterebbe questa confusione d'idee se si imitasse la saggia riserva del legislatore, il quale non dà mai il nome di *persona* ad esseri fittizii che non hanno alcuna personalità.

305. Ciò ch'è vero dei diritti privati, è vero ancora dei diritti politici. Chi ha mai pensato a rivendicare il diritto di voto per le persone civili? Può darsi che alcuni corpi abbiano il diritto d'essere rappresentati nelle assemblee legislative; le università inglesi eleggono un membro al Parlamento. Ma ciò si fa in virtù della legge; in questo caso non è la corporazione come tale che elegge e che può essere eletta, sono i membri del corpo che son chiamati a votare. Vi sono dei diritti politici i quali, a rigore, possono essere esercitati dalle persone civili, come sarebbe l'insegnamento. Ma, se ben si guardi, questo non è tanto a titolo di diritto quanto a titolo d'obbligo o d'incarico. Non si dirà che se lo Stato insegna è in virtù della libertà d'insegnamento; esso lo fa perchè una legge lo incarica di questo servizio pubblico. I comuni sono incaricati dell'insegnamento primario. È un diritto che essi esercitano? Un diritto è una facoltà; colui a cui appartiene ne usa o non ne usa. I comuni sono liberi d'insegnare o di non insegnare? Apriamo la legge del 23 settembre 1842: noi vi leggiamo che *vi sarà* in ciascun comune almeno una scuola primaria, e che il comune è *tenuto* di procurare l'istruzione a tutti i fanciulli poveri (1). Così ciò che per gli individui è un diritto diviene un obbligo per i comuni. Ora un obbligo richiede una legge. Occorre dunque una legge perchè il comune possa insegnare, vale a dire fondare uno stabilimento d'istruzione. Si è sostenuto il contrario, si è preteso che i comuni potevano stabilire un'università. Noi abbiamo già risposto a queste pretensioni. Il comune non ha il diritto di creare una università più che di farsi fabbricante o commerciante. Esso non ha questo diritto, perchè la legge non glielo dà, e, come ogni persona detta *civile*, esso non ha altri diritti che quelli che la legge gli accorda.

Ciò è vero, a maggior ragione, degli stabilimenti di pubblica utilità. Si è preteso che le fabbricierie ecclesiastiche potessero stabilire delle scuole per l'istruzione di fanciulli poveri, e v'hanno decreti reali che hanno approvato dei doni e dei legati fatti con questa condizione. Se si permette alle fabbricierie d'insegnare gratuitamente, si può loro permettere anche d'insegnare a pagamento, e si deve, a rigore, permettere loro di stabilire delle

(1) Legge del 23 settembre 1842, articoli 1 e 5.

fabbriche o di fondare delle case bancarie. Se è una cosa assurda che le fabbricierie ecclesiastiche filino il cotone e il lino, è anche assurdo ch'esse insegnino, allorchè sono istituite per i bisogni del culto cattolico. Al di fuori di questa sfera legale esse non esistono più; e come mai, se non esistono, potrebbero esercitare un diritto qualunque?

306. Le persone dette *civili* hanno esse un'esistenza e dei diritti fuori dei confini dello Stato nel quale sono riconosciute? (1). Si sa che le persone reali, gli uomini, godono, all'estero, dei diritti che noi chiamiamo naturali, e in Francia, come nel Belgio, godono anche della maggior parte dei diritti civili. Inoltre, esse sono regolate, in qualunque luogo si trovino, dal loro statuto personale. Non è lo stesso delle persone civili. Non può essere quistione per esse di esercitare un diritto qualsiasi in paese straniero, poichè per esercitare un diritto bisogna esistere; ora, le persone dette *civili* non esistono al di fuori dello Stato ove sono istituite. Questa differenza fra le persone reali e le persone fittizie risulta dalla natura stessa delle cose. L'uomo, ricevendo la vita, riceve nel medesimo tempo da Colui che gliela dà alcune facoltà che gli sono necessarie per vivere, e che, per questa ragione, noi chiamiamo diritti naturali. Per conseguenza, bisogna che esso possa giovarsene dappertutto, poichè ha dappertutto il diritto di vivere. Iddio lo ha creato membro dell'umanità, nel tempo stesso che lo ha creato membro d'una nazione particolare. Come membro dell'umanità esso può dappertutto reclamare i diritti che appartengono all'uomo, esso lo può solo perchè esiste, vale a dire per ciò solo che vive. Queste nozioni elementari, che si desumono dalla personalità umana, non sono applicabili ai corpi ed agli stabilimenti creati dalla legge per uno scopo di pubblica utilità. Essi non riconoscono la loro esistenza da Dio, non hanno vita vera; è dunque assurdo domandare se hanno dei diritti naturali che Dio avrebbe lor dati e ch'essi possono esercitare dappertutto.

Si dirà che la finzione deve imitare la realtà, che le persone civili, avendo un'esistenza fittizia, sono per ciò stesso considerate come persone aventi vita, e per conseguenza esse hanno certi diritti che sono loro necessarî per vivere di questa vita fittizia, o, se vuolsi, per conseguire lo scopo pel quale sono state istituite? Sì, la finzione imita la realtà, ma nei limiti di ciò ch'è possibile e necessario. Nell'interno dello Stato, in cui le persone dette *civili* han ricevuto questa personificazione fittizia, esse esercitano i diritti che la legge loro accorda. Ma all'estero è impossibile che esse abbiano questi stessi diritti, perchè la prima condizione richiesta per l'esercizio d'un diritto è quella di esistere; ora le

---

(1) Vedi su questa quistione, vivamente agitata nel Belgio, un'eccellente Memoria dei signori Arntz e Bastiné, professori all'Università di Bruxelles, e Bartels, avvocato (*la Belgique judiciaire,* IV, p. 1388 e seg.).

persone le quali non hanno che un'esistenza fittizia non esistono all'estero. Infatti, esse debbono questa esistenza alla legge, ed unicamente alla legge. La legge la conferisce loro per uno scopo di pubblica utilità, ossia per uno scopo nazionale. Dunque per la loro istituzione stessa esse non hanno esistenza e non possono avere diritti che entro i confini del territorio sul quale si estende la sovranità di cui la legge è l'organo. Quando il legislatore crea una persona civile, lo fa in vista d'un servizio pubblico. E come mai potrebbe avere la pretensione di conferire ad uno stabilimento nazionale una esistenza universale? Vi è una contraddizione in termini. Ma non basta. Il legislatore vorrebbe quel che non potrebbe, poichè la sua azione non s'estende su tutto il genere umano, ma è ristretta alla nazione che esso rappresenta; anche la sua opera è dunque necessariamente limitata, vale a dire che, per la loro essenza, le persone civili non hanno che un'esistenza limitata. Al di là delle frontiere dello Stato che le ha stabilite esse non esistono più, sono il nonessere. Quindi non può essere quistione per esse di esercitare dei diritti all'estero.

Si aggiunga che lo scopo della loro istituzione non esige, almeno in generale, che le persone civili abbiano un'esistenza e dei diritti all'estero. Stabilite per un servizio pubblico, nazionale, la loro esistenza fittizia è limitata, per ciò stesso, al territorio della nazione. È sufficiente, per lo scopo della loro istituzione, ch'esse abbiano una vita fittizia e per conseguenza alcuni diritti privati nel seno dello Stato che le crea; non è necessario che esse vivano altrove e che esercitino altrove dei diritti. Ora, la loro esistenza affatto relativa e i loro diritti affatto particolari sono circoscritti nei limiti della necessità. Per ciò soltanto che non han bisogno di esistere all'estero, esse non hanno ivi alcuna ragion d'essere, e, per conseguenza, non sono, non esistono e non hanno alcun diritto. Questa è una differenza radicale fra gli uomini e le persone civili. I primi hanno dei diritti perchè esistono; le altre hanno esistenza solo perchè occorrono loro alcuni diritti. Ecco perchè l'uomo esercita dappertutto i diritti inerenti alla vita; mentre la persona civile non esiste all'estero, perchè questa estensione dei suoi diritti è per essa inutile. Essa ha una vita interna, nazionale, che basta per la sua missione.

Vi sono delle eccezioni, è vero. Può darsi che una persona civile abbia dei diritti da esercitare all'estero. Lo può essa? Nol potrebbe che in quanto la sua esistenza fosse riconosciuta là ove ha interesse d'agire come persona. La quistione si riduce dunque a ciò: la legge che l'ha creata le ha data un'esistenza assoluta, universale? Noi abbiamo di già risposto alla quistione, e vi risponde pure la natura delle cose. Iddio solo crea degli esseri aventi una vita reale, assoluta. Il legislatore non può imitare il Creatore che nei limiti del suo potere. La sua

potenza vien meno ai confini del territorio sul quale esso esercita il suo impero: là si arresta anche l'esistenza degli esseri i quali non debbono la loro vita fittizia che alla legge. Hanno essi interesse ad esistere altrove? Bisogna che le leggi o i trattati riconoscano la loro esistenza. Ciò che il diritto prescrive è pure prescritto dalla prudenza politica. Le persone civili sono corpi o stabilimenti d'utilità nazionale. Ciò ch'è utile ad una nazione, può non essere utile a un'altra, può anche sembrarle dannoso. Questa è una ragione decisiva perchè il legislatore in ciascun paese decida se gli conviene di riconoscere l'esistenza delle persone civili create in un altro Stato (1).

307. A questa dottrina si oppone il principio dello statuto personale. Merlin ha assimilato le persone fittizie alle persone reali in ciò che concerne lo statuto che è loro applicabile. « Le leggi relative allo stabilimento delle persone di manomorta, egli dice, sono personali, poichè esse ne determinano lo stato, sia autorizzandone la loro esistenza, sia distruggendola ». Merlin ne deduce la conseguenza che queste leggi estendono il loro impero fin sui beni situati fuori del loro territorio. « La ragione è semplice, aggiunge egli. Dal momento che un corpo esiste legittimamente, dal momento ch'esso è capace, pel suo stato, d'acquistare e di contrattare, la sua esistenza e la sua capacità debbono influire sui beni stessi situati fuori della sfera della legge che gli ha concessa l'una e l'altra ». Merlin prevede l'obbiezione che gli si farà: che l'autorità delle leggi è limitata dal loro territorio. Questo principio, risponde egli, non impedisce agli stranieri di esercitare dei diritti fuori del loro paese; non si può inoltre opporlo alle persone civili; basta che queste persone sieno autorizzate nel luogo di loro esistenza perchè esercitino dappertutto i diritti che loro appartengono (2).

Noi crediamo che il grande giureconsulto si è lasciato trarre in errore dal nome di *persona* che si dà ai corpi o stabilimenti di pubblica utilità, per indurne che le persone dette *civili* hanno un'esistenza assoluta come le persone reali. La Corte di cassazione del Belgio si è ingannata egualmente in una prima sentenza sulle società anonime (3). È necessario esporre l'er-

---

(1) Requisitoria di Leclercq, procuratore generale presso la Corte di cassazione del Belgio (*Jurisprudence du XIX siècle,* 1847, 1, 594): « Le personalità fittizie nate in un paese non hanno esistenza che nei confini di questo paese; fuori di questi confini esse non esistono, se non hanno soddisfatto alle prescrizioni della legge del paese in cui domandano di essere ammesse ». La dottrina di Leclercq è stata combattuta in Francia, ma con leggerezza, da Oscar de Vallée, avvocato generale presso la Corte di Parigi (DALLOZ, *Recueil périodique,* 1863, 2, 86). Essa è stata consacrata da una sentenza della Corte di cassazione di Francia del 1.° agosto 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 444).

(2) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Mainmorte.* § 7, n. 2

(3) Sentenza del 22 luglio 1848, pronunciata contro le conclusioni di Leclercq, procuratore generale (*Jurisprudence du XIX siècle,* 1847, 1, 602). La Corte di cassazione di Francia ha deciso con due sentenze del 19 maggio 1863 e del

rore in tutta la sua luce. Ecco in quali termini la Corte pone la quistione: « Le persone civili aventi un'esistenza legale in un paese straniero hanno esse capacità nel Belgio di contrattare e di stare in giudizio? » È un principio, risponde la sentenza, ammesso da tutte le nazioni civili, che lo stato e la capacità delle persone sono regolate dalle leggi del paese al quale esse appartengono. Questo principio è espressamente proclamato dal codice civile, che porta, art. 3: « Le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone regolano i Francesi, anche se residenti in paese straniero ». Il medesimo principio deve necessariamente estendersi, per reciprocità, agli stranieri che si trovano in Francia. Resta a sapere se si può applicarlo alle persone dette *civili*. La Corte decise che, i termini dell'art. 3 essendo generali, bisogna comprendervi tanto le persone morali come le persone fisiche. Vi ha d'altronde identità di ragione, aggiunge essa. Vi sarebbe il medesimo inconveniente a loro riguardo come a riguardo delle persone naturali nel modificare la loro capacità secondo le leggi dei differenti paesi nei quali esse avessero ad acquistare dei diritti o a contrarre delle obbligazioni. Invano si dice che le persone civili non sono che una finzione della legge, finzione che deve perdere i suoi effetti là ove la legge stessa perde il suo impero. Vi ha analogia perfetta, per questo rapporto, fra le persone naturali e le persone civili, nel senso che lo stato delle une e delle altre è regolato dalla legge, e naturalmente dalla legge del loro paese; le une e le altre possono dunque invocare lo statuto personale.

La Corte di cassazione ha essa stessa riconosciuto il suo errore. È la pretesa identità delle persone reali e delle persone fittizie che l'ha ingannata, al pari di Merlin. Ragione di più per ripudiare questa assimilazione. Cosa strana! Nè Merlin nè la Corte han riflettuto che in nessuna parte della legislazione francese le persone civili sono assimilate alle fisiche. Che dico io? Essa non dà neppure il nome di *persona* ai corpi ed agli stabilimenti che crea per uno scopo di pubblica utilità. Questa riserva, questo silenzio del legislatore bastano per distruggere tutta la teoria della personificazione civile e le conseguenze che Merlin e la Corte di cassazione ne deducono. Quando il legislatore parla di *persone*, è impossibile che comprenda in questa espressione le persone civili, poichè in niuna parte esso riconosce personificazione civile. E quand'anche la riconoscesse, sa-

---

14 novembre 1864 (DALLOZ, 1863, 1, 218; 1864, 1, 466), che le società anonime straniere possono essere convenute innanzi ai tribunali francesi, quand'anche non fossero riconosciute in Francia, ma ch'esse non possono intentare alcuna azione senza essere autorizzate. Quest'ultimo punto è regolato dalla legge del 30 maggio 1857. Vedi, nel medesimo senso, le sentenze della Corte d'Amiens del 2 marzo 1865 e della Corte di Parigi del 9 maggio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, p. 105 e seg.).

rebbe ancora impossibile applicare a questi esseri fittizii il principio dello statuto personale consacrato dall'art. 3 del codice Napoleone.

Di che si tratta nella materia degli statuti? Di determinare da quale legge sono regolati i diritti che uno straniero esercita in Francia, se dalla legge francese o dalla legge straniera. Quando i diritti sono relativi ad immobili situati in Francia, si applica la legge francese; quando i diritti concernono lo stato e la capacità della persona, si segue la legge straniera. Questa distinzione degli statuti reali e degli statuti personali può essere applicata a persone fittizie? Se esse invocassero l'art. 3 del codice civile, vi sarebbe una prima risposta, e perentoria, da dare per non ammettere la distinzione. Si direbbe: Prima d'esaminare da quale legge saranno regolati i diritti che voi reclamate bisogna che proviate che voi avete dei diritti da esercitare in paese straniero. Per avere dei diritti bisogna esistere; provate dunque la vostra esistenza. Voi pretendete esistere in virtù d'una legge: questa legge noi non la riconosciamo, essa non esiste per noi. Invano voi dite che noi applichiamo la legge straniera alle persone fisiche, quando si tratta del loro stato e della loro capacità. È vero, ma questo avviene perchè esse esistono, ed esse esistono indipendentemente dalla legge che regola il loro stato; mentre voi noi esistete, ovvero la vostra vita fittizia procede da una legge che per noi non ha alcuna forza. Così, per provare che esistete, voi invocate una legge che per noi non esiste ».

Vi sono ben altre risposte da dare alle persone dette *civili*, le quali volessero valersi dell'articolo 3 del codice Napoleone. Questo articolo parla di « un francese *residente* in paese straniero ». Forse che per avventura le persone civili viaggiano e mutano di *residenza?* Lasciano esse la Francia, con tutto il loro avere, per istabilirsi altrove? E intendono esse o meno di fare ritorno? Tali quistioni sono derisorie. Ciò non proverebbe che è cosa ridicola volere applicare ad esseri fittizii una dottrina giuridica che suppone esseri viventi d'una vita vera? L'articolo 3 parla ancora « dello stato e della capacità dei Francesi ». Che è lo stato e la capacità od incapacità che vi si connette? Noi ne abbiamo parlato lungamente; alcune parole basteranno per provare che non potrebbe esservi quistione di uno *stato* di persone civili (1). Gli esseri reali si classificano secondo il loro sesso, e il sesso influisce grandemente sulla loro capacità. Vi sono degli esseri fittizii di sesso femminile, e queste persone civili si maritano esse? sono esse colpite d'incapacità

(1) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio dell'8 febbraio 1849 (*Pasicrisie*, 1849, I, 241): « **Le persone civili, esseri fittizi, non sono nè maggiori,** nè minori o interdette, nè celibi, nè maritate, nè vedove o divorziate; esse non hanno nè parentela, nè famiglia; in una parola, *esse non hanno stato* ».

giuridica in conseguenza del loro matrimonio? Gli uomini sono maggiori o minori: vi ha una differenza di capacità anche fra le persone morali secondo la loro età? I maggiori perdono l'esercizio dei loro diritti civili quando sono interdetti: ma una persona civile può essere posta sotto tutela per causa d'imbecillità, di demenza o di furore? Infine gli uomini sono cittadini o stranieri: ma la persona civile ha una nazionalità, e può essa rinunziarvi facendosi naturalizzare altrove, e la perde portando le armi contro la sua patria?

Qui non tocchiamo l'essenza dello statuto personale: esso è la conseguenza legale della personalità umana. Lo statuto personale è inerente alla nostra individualità morale, come il sangue che scorre nelle nostre vene. Esso è congiunto al nostro essere, a tal punto che noi non possiamo separarcene; esso ci segue dappertutto come la nostra ombra. Noi non possiamo liberarcene che cambiando di nazionalità. Queste nozioni possono essere applicate ad esseri fittizii? Hanno essi una patria, una nazionalità, e, per conseguenza, le mille ed una circostanze fisiche, intellettuali, morali, che costituiscono la nazione, esercitano esse una influenza sulle persone fittizie come sulle persone vere? La quistione non ha senso. Come vuolsi che la condizione sociale d'un paese determini lo stato delle persone dette *civili*, allorchè queste persone non hanno stato? E non avendo stato, come avrebbero esse uno statuto personale? Invano si dirà che si tratta d'una finzione e che non bisogna cercare nella finzione i caratteri della realtà; noi risponderemo che deve almeno esservi un'analogia qualunque tra la finzione e la realtà, perchè si possano applicare alla finzione i principii che reggono la realtà. Ora, come ha benissimo detto il procuratore generale Leclercq, per qualsiasi sforzo d'immaginazione che si faccia, non si può dire che un essere fittizio sia francese od alemanno, inglese o belga (1). Quindi non può esservi quistione di statuto personale per una persona civile.

308. La questione che noi abbiamo agitato si è presentata per le società anonime stabilite in Francia con l'autorizzazione del governo. Esse costituiscono ciò che si dice una persona civile; esse hanno degli agenti nel Belgio, vi contrattano, convengono i loro debitori innanzi ai tribunali. Hanno esse il diritto di stare in giudizio all'estero? La Corte di cassazione decise con una prima sentenza, pronunciata contro le conclusioni del pubblico ministero, che le compagnie francesi, essendo riconosciute in Francia, erano per ciò stesso rivestite della qualità di persona civile nel Belgio. Con una seconda sentenza dell'8 febbraio 1849 essa consacrò l'opinione contraria (2). Questa nuova

(1) Requisitoria di Leclercq, nella *Jurisprudence du XIX siècle*, 1849, I, 598.
(2) *Pasicrisie*, 1849, I, 221, 241.

giurisprudenza non pose fine alla controversia. Il tribunale di Gand, in un giudicato fortemente motivato, mantenne l'opinione emessa dalla Corte di cassazione nel 1847. Questo giudicato fu cassato da una nuova sentenza del 30 gennaio 1851 (1). Infine la legge del 14 marzo 1855 decretò che le società anonime, autorizzate dal governo francese, potranno esercitare tutti i loro diritti e stare in giudizio nel Belgio, sempre che le società della medesima natura, legalmente stabilite nel Belgio, godano dei medesimi diritti in Francia. La legge autorizza il governo ad applicare i medesimi principii alle società anonime che esistono negli altri paesi (2). Si vede che il semplice fatto della reciprocità basta; non è necessario, come vuole l'articolo 11 del codice Napoleone, che essa sia stipulata mediante un trattato.

309. Che devesi dire delle altre persone chiamate *civili?* A primo aspetto, si sarebbe tentati di credere che la legge del 1855 può essere invocata contro di esse, nel senso che, essendo stato necessario un atto del potere legislativo per riconoscere l'esistenza delle società anonime straniere nel Belgio, sarebbe pur necessaria una legge anche per le altre persone morali. Ma questo argomento non avrebbe grande valore, poichè nelle lunghe discussioni che hanno avuto luogo innanzi alla Corte di cassazione si è sempre ammesso che non vi era differenza fra le società anonime e le altre persone civili. La stessa sentenza pronunciata dalla Corte nel 1849 constata che « i comuni stranieri e gli stabilimenti che ne dipendono, quali le fabbricerie ecclesiastiche, gli ospedali, gli istituti di beneficenza, sono riconosciuti nel Belgio come persone civili capaci di possedervi e di esercitarvi dei diritti ». A maggior ragione ciò deve dirsi degli Stati stranieri. Ma vi sono altre persone civili, vi sono i seminarî, vi sono le congregazioni ospedaliere autorizzate dal governo. La quistione sussiste dunque, e la giurisprudenza della Corte di cassazione, lungi dal troncare la difficoltà, l'aumenta. Infatti, si domanda qual'è la ragione per la quale queste persone civili sono riconosciute, mentre le altre non lo sono! L'obbiezione è stata formulata in termini energici dal tribunale di Gand. « Si oppone, esso dice, alle società anonime straniere, ch'esse non esistono per la volontà della legge, e che questa finzione legale non può avere effetto là ove la legge che l'ha creata non ha forza obbligatoria. Non si può dire la medesima cosa dei comuni, delle fabbricierie ecclesiastiche, degli ospedali ed in generale d'ogni persona civile?

L'obbiezione è seria. Che si risponde? Gli uni dicono che i comuni fan parte dello Stato, che per ciò stesso che gli Stati stranieri sono riconosciuti nel Belgio, lo sono anche i comuni. Questo argomento non è decisivo, e il tribunale di Gand lo ha

(1) *Pasicrisie*, 1851, 1, 307.
(2) Si è emanata una legge analoga in Francia (legge del 30 maggio 1857).

già confutato. Supponendo, esso dice, che i comuni possano giovarsi del fatto che essi sono un elemento costitutivo dello Stato, resta sempre che le altre persone civili non possono invocare questa ragione speciale.

La sentenza che ha cassato il giudicato del tribunale di Gand non risponde all'obbiezione. A nostro avviso, la dottrina che la giurisprudenza belga ha consacrato per le società anonime deve essere applicata a tutte le persone dette *civili*, perchè vi è identità di ragione.

In un'eccellente Memoria pubblicata sulla quistione delle società anonime si è tentato di stabilire una distinzione giuridica fra le diverse persone civili. Le une, si dice, sono necessarie, le altre sono una creazione arbitraria della legge. Fra le prime si collocano lo Stato e i comuni; tutte le altre sono finzioni legali. Lo Stato e i comuni, esistendo necessariamente, possono essere assimilati alle persone fisiche, e, in realtà, il diritto delle genti riconosce loro questa esistenza. Ciò basta perchè essi esercitino i loro diritti dappertutto. Non è lo stesso delle altre persone morali; create dal legislatore, esse non vivono della vita fittizia che è loro data che nei confini del territorio su cui s'estende la sua sovranità (1).

La distinzione è presa da Savigny; è questa una ragione sufficiente per prenderla sul serio. È certo che lo Stato è una persona necessaria. V'ha di più. Si può dire che, come organo della nazione, è una persona naturale, poichè le nazioni vengono da Dio come gli individui. Tuttavia rimane una differenza, ed è considerevole. Nessuno ha mai immaginato di contestare l'esistenza degli esseri umani, mentre l'esistenza delle nazionalità, come esseri reali, aventi il loro principio in Dio, è ancora una semplice teoria. Il diritto positivo delle genti non ammette gli Stati come membri della famiglia umana che quando essi sono stati riconosciuti dai trattati. Vi ha dunque sempre qualche cosa di fittizio nello Stato; esso non è necessario per lo stesso titolo che lo è l'individuo. Così dicasi, a maggior ragione, dei comuni; essi possono invocare una tradizione secolare, ma la tradizione sola non costituisce una necessità. Le provincie ora sono persone civili, ora semplici divisioni amministrative. Neppure la *Memoria* le ammette fra le persone necessarie. Se gli interessi provinciali possono essere regolati senza che le provincie siano persone civili, si deve dire altrettanto dei comuni. Lo Stato solo è una necessità alla quale nessuna società umana può sottrarsi.

La distinzione fra le persone civili necessarie e quelle che sono una pura creazione della legge non risolve ancora tutte le difficoltà. Anzitutto chi determinerà che la tale persona è necessaria e la tale altra è arbitraria? Gli autori della *Memoria*

---

(1) *La Belgique judiciaire*, t. IV, p. 1783.

han ridotto le persone necessarie a due, e nondimeno v'ha ancora luogo a controversia. Altri potranno estendere la nozione della persona necessaria a tutti gli stabilimenti creati direttamente o indirettamente dallo Stato. È quello che fa il procuratore generale Leclercq nella sua requisitoria del 1847. Senza annettere grande importanza all'espressione di persona *necessaria*, che si potrebbe contestare, come egli dice, il Leclercq ammette che i comuni e alcuni dei servizî pubblici che ne dipendono hanno un'esistenza assicurata, perchè questi corpi e stabilimenti fanno parte dello Stato (1). Si vede come questa dottrina è vaga ed incerta. E quando anche si fosse d'accordo sulle persone necessarie, resterebbe a determinare i diritti che spettano loro all'estero. Qui la difficoltà ricomparirebbe in tutta la sua forza.

310. S'intende da sè che le persone civili, quali che sieno, non possono avere all'estero maggiori diritti di quelli che hanno nel paese in cui sono istituite. Lo Stato non ha altri diritti che quelli che gli conferisce la legge. Lo stesso è, a maggior ragione, dei comuni. Ma lo Stato e i comuni hanno all'estero tutti i diritti che la legge loro accorda? Lo Stato ha dei diritti politici e dei diritti privati. È evidente ch'esso non può esercitare all'estero dei diritti politici, perchè questi diritti sono inerenti alla sovranità. Non può essere questione che di diritti privati. Noi abbiamo detto che le persone chiamate *civili* godono del diritto di proprietà e dei diritti che ne risultano. Bisogna concluderne che lo Stato può possedere all'estero? La medesima quistione vale per i comuni.

La giurisprudenza francese è favorevolissima alle persone civili. Essa riconosce la loro esistenza per ciò solo che sono legalmente stabilite. Il Consiglio di Stato ha deciso che ogni stabilimento di utilità pubblica straniera, costituendo regolarmente una persona morale, ha veste per ricevere doni e legati di beni mobili od immobili situati in Francia »; con questa riserva che « i detti doni e legati non possono avere effetto che in quanto sono stati autorizzati dal governo francese », in virtù dell'art. 910 del codice Napoleone. Nella quistione che ha dato luogo a questa decisione la Corte di Douai ha pronunciato una decisione nel fondo identica con sentenza del 4 febbraio 1852 (2). Il tribunale d'Ypres ha giudicato nel medesimo senso in favore di un comune francese (3). Questo giudicato è stato pronunciato contro le conclusioni del procuratore del re. Noi stiamo per l'opinione del pubblico ministero.

È vero che il fatto sta in favore della giurisprudenza francese, seguita dal tribunale d'Ypres. Gli ospedali belgi possiedono in

---

(1) *Jurisprudence du XIX siècle*, 1849, I, p. 595.
(2) Queste citazioni sono raccolte nella requisitoria di Tempels, procuratore del re a Ypres (*Belgique judiciaire*, t. IV, p. 163-164).
(3) Giudicato del 9 agosto 1851 (*Belgique judiciaire*, t. IV, p. 173-175).

Francia e nei Paesi Bassi; del pari gli ospedali francesi ed olandesi possiedono nel Belgio. Ma questo fatto ha poca importanza; esso si spiega mediante l'unione intima che per lo passato ha esistito fra le provincie belghe e gli Stati vicini. Si tratta di sapere se il fatto è in armonia col diritto. Noi abbiamo su questo punto un precedente nella nostra antica legislazione. L'editto di Carlo V del 26 aprile 1515 proibisce in modo assoluto (articolo 13) alle manimorte straniere d'acquistare degli immobili nel Brabante. Questa proibizione, fatta in odio della manomorta, riposa su i veri principii. Le persone civili non hanno nessuna qualità per possedere all'estero. Esse possono acquistare, ma la loro proprietà non è il diritto di dominio che appartiene agli individui, è un mezzo onde provvedere a un servizio pubblico. È d'uopo perciò che questi corpi o stabilimenti posseggano all'estero? Niuno dirà che ciò è necessario. Ov'è la necessità che lo Stato francese o che un comune francese possegga nel Belgio? Spetta al legislatore di ciascun paese organizzare i servizii pubblici di maniera che essi compiano il loro ufficio; esso non può, esso non deve contare sull'appoggio dello straniero. Gli Stati stranieri hanno, al contrario, delle ragioni per allontanare dal loro suolo le persone civili. Anche su quelle ch'essi ammettono nel loro regime interno vegliano con gelosia a che non estendano la loro azione al di là dei limiti legittimi che sono loro tracciati. A maggior ragione essi debbono temere la manomorta nelle mani dello straniero. La manomorta è sempre un male; essa può divenire un pericolo, se appartiene a uno Stato rivale o nemico.

311. La nostra conclusione è che nè lo Stato, nè i comuni possono possedere all'estero. Occorrerebbe una legge o un trattato per accordar loro questo diritto, e non v'ha nè trattato nè legge. Invano si dirà che lo Stato esiste e che noi stessi gli abbiamo riconosciuta questa esistenza. Sì, lo Stato esiste, ma in quale senso e a quale scopo? Come organo della nazione, esso tratta con le nazioni straniere; ecco la sua sola ragione di essere in faccia allo straniero. Non ha bisogno, per compiere questa missione, di essere proprietario, di possedere dei beni mobili ed immobili al di fuori dei confini del suo territorio. La sua qualità di persona necessaria non gli conferisce che un solo diritto, quello di stare in giudizio per l'esecuzione dei contratti che deve fare. Ciò è ammesso dal diritto delle genti europeo e dalla giurisprudenza. Ma v'ha qualche dubbio quanto al sapere se uno Stato può essere tradotto innanzi a una giurisdizione straniera per l'esecuzione degli obblighi che ha contratti. La giurisprudenza francese si pronunzia per la negativa (1). A noi sembra che la quistione sia semplicissima.

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 22 gennaio 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 5). Vedi la nota inserita in DALLOZ, 1867, 2, 40.

Se lo Stato reclama il beneficio della personificazione civile per agire in giudizio contro i suoi debitori, bisogna ancora ch'esso risponda, innanzi ai tribunali, ai suoi creditori. Non si può scindere la persona; se lo Stato è una persona, esso lo è come convenuto del pari che come attore. Ciò che noi diciamo dello Stato s'applica, a maggior ragione, al comune.

Che bisogna dire delle altre persone civili, di quelle che si chiamano arbitrarie? Secondo la nostra opinione, non vi ha dubbio. Si devono loro applicare, alla lettera, i principii che la giurisprudenza belga ha consacrati per le società anonime. Esse non esistono all'estero, quindi non possono reclamarvi alcun diritto. La necessità delle relazioni commerciali ha fatto ammettere una eccezione per le società anonime. Questo motivo non esiste per le altre persone civili. Potrebbe esservi una ragione d'utilità per gli ospedali e per gli istituti di beneficenza. Ma occorrerebbe una legge che determinasse le condizioni sotto le quali questi stabilimenti sarebbero ammessi a possedere all'estero. Occorrerebbe anche, secondo il rigore dei principii, una legge per conferire loro il diritto di stare in giudizio, poichè non si può litigare che quando si esiste, e le persone civili non esistono fuori del paese in cui sono costituite.

§ 3. *Soppressione delle persone civili.*

312. « Tutte le persone di manomorta, dice Merlin, hanno ciò di comune che esse non possono esistere che mediante l'autorizzazione della legge, e che la legge può, quando le piace, sopprimerle, ritirando l'autorizzazione che ad esse aveva dapprima accordata » (1). Il principio posto da Merlin è un assioma; è dunque inutile insistervi. Esso si applica ad ogni sorta di persone dette *civili*. Merlin fa una eccezione per le *comunità d'abitanti*, ma l'eccezione non regge. I comuni possono essere distrutti dal legislatore, come possono essere creati da lui. Nel fatto, è vero, ciò accade raramente, ma la quistione concerne il diritto e non il fatto. Lo Stato medesimo può perire. Se ne vede un esempio nelle leggi romane. Un usufrutto è legato a una città; la città è distrutta, dice il giureconsulto, come è avvenuto a Cartagine, l'aratro vi è passato, non v'ha più città, essa è morta. Modestino conclude che l'usufrutto è estinto per la morte della città (2).

Vi sono delle corporazioni che pretendono avere il loro diritto da Dio: tali sono le istituzioni create dalla Chiesa. Sotto il punto di vista giuridico, questa pretensione è puramente immaginaria; è a notarsi che, sotto l'antico regime, il caso si è

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Mainmorte* (t. XIX, p. 39). Confronta Savigny, *Trattato del diritto romano*, t. II, § 89, p. 246.
(2) L. 21, D. VII, 14.

presentato più di una volta, e non si è mai elevato un dubbio sul diritto dello Stato. Noi citeremo alcuni esempi, i quali proveranno che lo Stato deve avere il diritto che invano cieche passioni gli contestano. Vi era nel medio evo una malattia terribile e comunissima, la lebbra; la carità si commosse alle miserie di coloro che n'erano attaccati; essa fondò un gran numero di ospedali, conosciuti sotto il nome di *léproseries, maladreries*, o *maladeries*. Verso il secolo XVI la malattia disparve. Per conseguenza un editto del mese d'aprile 1664 riunì tutti questi ospedali all'ordine di San Lazzaro. Poscia un nuovo editto del 1693 li separò e destinò loro dei proventi per sollievo dei poveri di ciascun luogo, e per altre opere di pietà (1). Come si vede, tutto, in questo caso, si è fatto dall'autorità civile. È essa che sopprime delle fondazioni divenute inutili, è essa che dispone dei proventi; questi che servirono dapprima agli infermi, han finito per essere impiegati a sollievo dei poveri. Nulla di più legittimo. È cosa ridicola chiedere se bisognava mantenere degli ospedali per una malattia che non esisteva più. A chi apparteneva pronunciare la soppressione? Naturalmente al potere sovrano, dunque, sotto l'antico regime, al principe.

313. Nell'ultimo secolo un ordine famoso fu soppresso mediante decreti del parlamento. Ricordiamo in due parole che il 12 aprile 1761 l'abate Chauvelin denunciò le costituzioni dei gesuiti al parlamento di Parigi. Si esaminò anche la loro dottrina, e il parlamento fece, in esecuzione di un decreto del 5 marzo 1762, un estratto delle principali opere contenenti le asserzioni pericolose e perniciose d'ogni genere ch'esse contenevano. Sull'appello dei procuratori generali i parlamenti dichiararono, in diversi decreti emanati nel 1762 e nel 1763, che vi era *abuso* nell'istituzione della società di Gesù. La società fu disciolta, i suoi membri secolarizzati, con divieto di mantenere alcuna corrispondenza col generale dell'ordine che risiedeva in Roma. Tutti questi decreti sono fondati sui medesimi motivi: vizio dell'istituzione e della dottrina dei gesuiti, siccome contrarie alla libertà naturale, alla religione, alla pace della Chiesa ed alla sicurezza degli Stati. Poi interviene un editto del mese di novembre 1764, con cui il re ordina che la società di Gesù più non esista nel suo regno (2).

314. L'*abuso* che i parlamenti colpirono, sopprimendo la società dei gesuiti, esisteva in tutti gli ordini; tale era almeno l'opinione dominante alla fine dell'ultimo secolo. Uno dei primi atti dell'Assemblea nazionale fu pure quello di abolire i voti monastici e le corporazioni religiose. La soppressione fu man-

---

(1) Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, t. I, chap. XXX, pag. 507, nota 1.

(2) Vedi i dettagli in Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, tomo I, chap. XXII, p. 229, nota 2.

tenuta dalla legge organica del concordato. Questi decreti sono stati impugnati con una violenza estrema, si è chiamato ladroneccio e brigantaggio ciò che è l'esercizio d'un diritto incontestabile. Non è qui il luogo di entrare in questa discussione; noi abbiamo esaminata la quistione altrove (1). Al momento in cui scriviamo le corporazioni religiose si sono ricostituite; esse riproducono tutti gli *abusi* per cui sono state abolite, colla frode per giunta. Ci si permetterà di citare, in appoggio della nostra dottrina ed a giustificazione delle leggi rivoluzionarie, le parole di un uomo, alla sincera pietà del quale tutti i partiti rendono omaggio. Portalis dice nel suo rapporto sulla legge organica del concordato (18 germinale anno X): « Tutte le istituzioni monastiche sono sparite; esse erano state minate dal tempo. Non è necessario alla religione che esistano siffatte istituzioni ». Quanto al diritto dello Stato, Portalis dice in un rapporto al primo console: « La potestà temporale può riprendere ciò che ha dato, senza che la potestà ecclesiastica abbia il diritto di dolersi: è un atto di sovranità che conferisce lo stato legale, è un atto di sovranità che lo revoca. Gli stabilimenti religiosi sono della natura di quelli che il sovrano può permettere o vietare senza offendere ciò che è necessità di salute ».

315. Le persone dette *civili* non possono, per massima, essere abolite che dalla legge alla quale debbono la loro esistenza. Non è loro permesso di disciogliersi da sè stesse. I comuni, le provincie, gli stabilimenti di pubblica utilità esistono in virtù della legge; la legge sola può abolirli. Quanto allo Stato, organo della nazione, esso sussiste finchè esiste la nazione. Una nazione però può, a rigore, rinunciare alla sua esistenza, votando la sua annessione ad un altro Stato. Il diritto non sarebbe violato, e, in teoria, l'annessione è certo più legittima che la conquista. Ciò che è vero dello Stato lo è ancora delle associazioni che son riconosciute dalla legge come persone morali. Tali sono le congregazioni ospedaliere autorizzate dal governo. Una sentenza della Corte di Bruxelles ha benissimo giudicato che queste congregazioni sono istituzioni facoltative, che se esse non possono formarsi senza il concorso del governo, nulla impedisce loro di disciogliersi senza la sua partecipazione e per la sola volontà dei membri che le compongono. La Corte decise che una congregazione istituita dal decreto del 15 novembre 1810 si era realmente disciolta, perchè aveva cessato di rinnovarsi con l'entrata di nuovi novizi; che, perciò, la congregazione si era trasformata in associazione libera, e che per conseguenza aveva cessato di essere una persona civile. Questa stessa sentenza ha deciso ancora che le congregazioni ospeda-

(1) Vedi il mio *Étude sur l'Église et l'État depuis la Révolution.*

liere, le quali non adempiono ai doveri che loro impone il decreto che le autorizza, perdono per ciò stesso il beneficio della personificazione. Esse non hanno ragion d'essere che come ospedaliere, curando gratuitamente gli infermi; se abbandonano l'ospedale a cui sono annesse, non lasciandovi che alcune suore le quali ricevono una retribuzione dagli ospitati, se esse fondano altrove un ospedale ove ricevono a pagamento degli infermi e dei dozzinanti, esse non formano più corporazione, non possono più ricevere delle liberalità (1).

316. Quando lo Stato abolisce una persona detta *civile*, che diviene dei beni che essa possedeva? L'Assemblea costituente ha dichiarato i beni della Chiesa beni dello Stato, quando essa secolarizzò la Chiesa e soppresse i suoi istituti. Malgrado i clamori sollevati contro questi famosi decreti, bisogna dire che essi non han fatto che applicare i principii più elementari di diritto. Invano si grida alla spogliazione, al ladroneccio. Non vi ha spogliazione ove non v'ha proprietario. Ora i corpi e gli stabilimenti pubblici non possiedono come proprietarii: essi possiedono a titolo di servizio o funzione sociale: i beni che possiedono appartengono dunque in realtà allo Stato, come organo della società. Esso può disporne come crede. Deve esso rispettare le intenzioni dei fondatori? Sì, se queste si conciliano coll'interesse generale; no, se lo compromettono. E chi è il giudice di questa grave quistione? Il potere sovrano della nazione.

---

(1) Sentenza del 31 maggio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 394).

TITOLO PRIMO

DEL GODIMENTO E DELLA PRIVAZIONE DEI DIRITTI CIVILI

---

317. S'intendono per *diritti* le facoltà che sono accordate o regolate dalla legge. L'uomo ha bisogno di alcune facoltà per compiere il suo destino nel mondo. Esso è in rapporto con i suoi simili e con gli oggetti del mondo fisico. I rapporti che ha con i suoi simili gli danno dei diritti: tale è la facoltà di maritarsi, base dell'ordine sociale come dell'ordine morale. È lo stesso dei rapporti che esso ha con gli oggetti del mondo fisico: da questi nascono il diritto di proprietà ed i suoi smembramenti, la facoltà di acquistarla e di trasmetterla, la facoltà di contrattare, con le sue infinite varietà.

I diritti di cui abbiamo parlato sono diritti *privati;* ve ne sono altri che si chiamano *politici,* perchè concernono l'esercizio del potere sovrano. Negli Stati moderni questi diritti hanno acquistato un'importanza immensa, poichè le nostre società riposano sulla sovranità del popolo. Il codice civile non si occupa dei diritti politici; esso non abbraccia che i diritti privati. Quanto ai diritti politici, essi sono regolati dalla costituzione e dalle leggi che vi si riferiscono.

L'art. 7 del codice contiene a questo riguardo una disposizione che non è più in armonia col nostro ordine politico. Esso dice: « L'esercizio dei diritti civili è indipendente dalla qualità di cittadino, la quale non si acquista nè si conserva che in conformità della legge costituzionale ». Questo articolo si riferisce alla costituzione dell'anno VIII, sotto l'impero della quale il codice civile fu pubblicato. Occorreva allora, per essere *cittadino,* il concorso delle condizioni seguenti: 1.° essere francese e di sesso mascolino; 2.° essere iscritto sul registro civico del proprio distretto comunale: quest'iscrizione poi non poteva farsi che all'età di ventun anni compiuti; 3.° risiedere durante un anno nel distretto comunale in cui si volessero esercitare i proprii diritti politici.

La nostra costituzione non conosce più nè queste condizioni, nè questi termini. Per esercitare i diritti politici basta essere belga e riunire le condizioni prescritte dalla costituzione e dalle leggi che vi si riferiscono (art. 4). Non vi ha dunque più uno stato legale, costituzionale di *cittadino.* Tutti i Belgi sono abi-

litati ad esercitare i diritti politici: in questo senso, tutti sono cittadini. Ma non basta essere belga. Per l'esercizio dei diritti politici occorre anche il concorso delle condizioni determinate dalla costituzione e dalle leggi per i diversi diritti politici. L'art. 7 del codice è dunque abrogato nel Belgio.

318. Che s'intende per i *diritti civili* di cui si occupa il nostro titolo? Il codice non definisce i *diritti civili*, ed è difficilissimo, o, per meglio dire, impossibile, di darne una definizione generale, poichè questa espressione ha due sensi differentissimi. Quando si oppongono i *diritti civili* ai diritti *politici*, come nell'art. 7, allora si comprendono in essi i diritti *privati*, vale a dire ogni sorta di diritti che hanno la loro sorgente nel diritto privato, e che concernono le relazioni d'interesse privato. Tale non è il senso ordinario delle parole *diritti civili*. Il più spesso s'intendono con queste parole i diritti che sono accordati dalla legge, che non esisterebbero senza la legge, in opposizione ai diritti *naturali* che appartengono all'uomo, senza che il legislatore abbia bisogno di consacrarli. È in questo significato speciale, tecnico, che il codice dice (art. 8): « Ogni francese godrà dei diritti civili », mentre, a termini dell'art. 11, lo straniero non gode, in massima, dei diritti civili; esso non ne gode che sotto le condizioni determinate dalla legge. Da ciò la divisione delle persone in *francesi* e *stranieri*, i primi avendo, come tali, il godimento dei diritti civili, gli altri non godendo che dei diritti naturali, e non acquistando il godimento dei diritti civili che sotto le condizioni determinate dalla legge.

La distinzione dei diritti privati in diritti civili e diritti naturali è consacrata implicitamente dal codice civile (articoli 7 e 11). Noi crediamo che essa è falsa in teoria, come diremo trattando dello straniero. Quanto ai Francesi, la distinzione non ha alcuna importanza, poichè essi godono di tutti i diritti privati, fintantochè conservano la loro nazionalità; quando la perdono, divengono stranieri, ed allora sono regolati dai principii che regolano gli stranieri.

319. Il nostro capitolo primo è intitolato: « Del *godimento* dei diritti civili »; e l'art. 7 parla dell'*esercizio* dei diritti civili. Le due parole non debbono essere confuse. A termini dell'art. 8, ogni francese gode dei diritti civili, ma non ogni francese li esercita. Il *godimento* concerne il diritto, esso è la facoltà consacrata dalla legge. L'*esercizio* concerne il fatto, ed esige, per conseguenza, una capacità di fatto, mentre il godimento non richiede che una capacità di diritto. Fin dalla sua nascita, anzi, fin dal suo concepimento il fanciullo gode dei diritti civili, purchè sia francese; ma siccome è incapace di esercitarli, suo padre od il suo tutore li esercitano per lui. Alla sua maggiore età esso ne acquista l'esercizio. Ma i maggiorenni stessi possono perdere l'esercizio dei diritti civili, pur conservandone il godi-

mento. La donna maritata è colpita d'incapacità giuridica. L'interdetto ha un tutore. Il prodigo e l'imbecille hanno un consulente giudiziario. Gli incapaci continuano a godere dei diritti civili, ma non li esercitano più.

CAPITOLO PRIMO.

DEI FRANCESI.

SEZIONE I — Chi è francese?

§ 1. — *Principii generali.*

320. La quistione di sapere chi è francese dà spesso luogo a serie difficoltà. Per deciderle bisogna partire da principii certi. I principii han variato, ed avviene talvolta che le vecchie massime continuano ad esercitare il loro impero sullo spirito dei giureconsulti, senza che essi si rendano conto di queste influenze. Ecco perchè noi cominciamo dal porre alcune regole fondate sul testo e sullo spirito del codice civile.

Si è francese per la nascita, o lo si diviene pel beneflzio della legge. Quanto ai diritti privati, non v'ha differenza tra francesi naturali e quelli che acquistano la nazionalità francese, non importa in qual modo. Ascoltiamo d'Aguesseau: « La grazia del principe ha diritto di fare dei cittadini, come la natura; ed una volta che la macchia di loro origine è cancellata, non si distingue più colui che è nato francese da colui che lo è diventato » (1). Perdoniamo alla vanità nazionale questa espressione umiliante di *taccia* o di *macchia*, come dicevano i vecchi giureconsulti quando parlavano della *peregrinità;* essa si comprende quando si ricorda che per lo passato gli stranieri erano quasi assimilati ai servi. Ma il principio posto da d'Aguesseau non è meno vero; ciò che egli dice della grazia del principe s'applica, a maggior ragione, al favore della legge. Anche il codice dice (art. 8): « *Ogni* francese godrà dei diritti civili ». Rimangono talvolta delle differenze politiche tra il francese naturale ed il naturalizzato, ma quanto ai diritti civili l'assimilazione è completa. Dal giorno in cui si acquista la qualità di francese si cessa di essere straniero, si cessa dunque di essere regolato, in tutto e per tutto, dalla legge straniera; specialmente lo stato e la capacità si regoleranno con la legge fran-

(1) D'AGUESSEAU, Plaldoyer XXXII (*Oeuvres*, t. III, p. 130 dell'ediz. in-4).

cese. Ben inteso che l'acquisto della nazionalltà francese non ha effetto retroattivo. In ciò i Francesi naturali differiscono da quelli che lo divengono per legge; i primi godono dei diritti civili a partire dalla loro nascita ed anche dal loro concepimento; gli altri non ne godono che dal giorno in cui divengono francesi. Questa è l'applicazione di un principio che noi porremo più avanti. Quelli che acquistano la qualità di francesi pel beneficio della legge cambiano di nazionalità, ed ogni cambiamento di nazionalità, come noi diremo, non ha effetto che per l'avvenire.

La diversità delle legislazioni può dare un grande interesse a questa quistione. Un belga acquista la qualità di francese. Secondo la sua legge personale, esso poteva divorziare; divenuto francese non lo può più, perchè il suo stato è regolato dalla legge francese, la quale non ammette il divorzio. È sottinteso che, se ha divorziato, il suo divorzio è mantenuto, poichè pel passato egli è stato belga e quindi ha avuto il diritto di divorziare. È questo il caso di applicare il principio della non-retroattività. Ma potrebbe esso contrarre un nuovo matrimonio? La quistione è dubbia ed in Francia verrebbe risolta contro di lui. Esso non può più invocare lo statuto belga; e lo statuto francese che lo regge non permette di contrarre un secondo matrimonio che allorquando il primo è disciolto colla morte (1).

321. La nazionalità d'origine si determina dal luogo di nascita o dalla nazionalità dei genitori? Su questo punto vi ha una differenza radicale fra l'antico diritto ed il nuovo. Per l'antico diritto tutti coloro che nascevano in Francia erano reputati francesi. « Non si considerava, dice Pothier, se essi erano nati da genitori francesi o da genitori stranieri, se gli stranieri erano domiciliati nel regno o se non erano che passeggieri. La sola nascita in questo regno dava i diritti di naturalità, indipendentemente dall'origine del padre e della madre e dalla loro dimora » (2). Secondo questo principio si sarebbe dovuto determinare che colui il quale nasceva all'estero da genitori francesi era straniero. Tale era infatti il diritto antico, come è attestato da Bacquet. « Ogni uomo, egli dice, nato fuori del regno di Francia è straniero, senza distinguere se il padre e la madre dello straniero sono francesi o stranieri; si guarda solamente al luogo di nascita e non a quello d'origine, cioè a quello ove i genitori sono nati » (3). Si finì per allontanarsi dal rigore di questa regola, e si considerarono come francesi i figliuoli nati in un paese straniero da un padre francese che non avesse stabilito il suo domicilio in questo paese, nè abbandonata l'intenzione di rimpatriare. Ma questo era un favore, una specie

(1) Confronta Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droit civil*, n. 174.
(2) Pothier, *Traité des personnes*, parte 1.ª, tit. II, sez. 1.ª.
(3) Bacquet, *du Droit d'aubaine*, parte V, chap. XL, n. 18.

di finzione; i veri e naturali francesi, dice Pothier, erano coloro che nascevano entro i confini della dominazione francese. Così era il territorio che conferiva la nazionalità.

Questo principio fu mantenuto dalle leggi e dalle costituzioni pubblicate dopo il 1789. Gli autori del progetto del codice civile avevano formolato l'antica dottrina nella redazione primitiva dell'art. 9: « Ogni individuo, essi dicevano, nato in Francia è francese. » Boulay, nella prima esposizione dei motivi, dava delle pessime ragioni in appoggio della teoria tradizionale (1). « Noi tenemmo altra volta per massima, egli dice, che la Francia fosse il paese naturale della libertà, e che dal momento che uno schiavo avesse la fortuna di mettere il piede sul suo territorio, per ciò soltanto cessasse d'essere schiavo. Perchè non si riconoscerebbe del pari, in questa terra fortunata, la facoltà naturale d'imprimere la qualità di francese ad ogni individuo che vi fosse nato? » Noi citiamo queste parole perchè abbiano bene a guardarsi dalle frasi coloro che son chiamati ad esporre i motivi delle leggi. Che ha mai di comune la nazionalità coll'affrancazione dello schiavo? Se la Francia è la terra della libertà, essa deve darla allo straniero come allo schiavo, ma da ciò non segue certo che essa debba dare la sua nazionalità allo schiavo ed allo straniero. Ora, cosa singolare e che dà una smentita alle parole pompose di Boulay, sotto l'antico regime, che reputava lo schiavo libero, lo straniero moriva servo, e questa servitù dell'albinaggio, abolita dall'Assemblea costituente, era ristabilita dal codice civile, poichè esso rifiutava il godimento dei diritti civili allo straniero: liberale verso il figlio, esso era duro sino all'ingiustizia verso il padre.

Boulay aggiunge che è il territorio il quale stabilisce e raccoglie gli abitanti, che è mercè la distinzione dei territori che generalmente si distinguono le nazioni, che è dunque conformarsi alla natura delle cose riconoscere la qualità di francese in quello stesso che non ha altro titolo a questa qualità se non d'essere nato sul suolo della Francia. Tale era, infatti, l'antica dottrina; ma è poi vero che essa sia l'espressione della natura delle cose? Senza dubbio il territorio è uno degli elementi che costituiscono la nazionalità, ma è forse il solo, è forse l'elemento dominante? Ciò è lo stesso che domandare se è il corpo che costituisce l'individuo, o se è l'anima. È il suolo che caratterizza la nazionalità o è il genio della razza? E il genio di una nazione si trasmette col sangue, o è il luogo della nascita che lo dà? Il fanciullo che nasce in Francia da una razza inglese sarà francese di genio, perchè sua madre lo ha messo al mondo al di là dello stretto?

Nella discussione del progetto al Consiglio di Stato il principio tradizionale fu adottato, dietro un'osservazione del primo

(1) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 423, n. 5.

console. « Se, egli dice, gli individui nati in Francia da un padre straniero non fossero considerati come francesi di pieno diritto, allora non si potrebbe sottomettere nè alla coscrizione, nè agli altri oneri pubblici i figli di questi stranieri che si sono stabiliti in gran numero in Francia » (1). Questa ragione non è migliore di quelle che dava Boulay. Si tratta precisamente di sapere se si possono imporre gli oneri, che per loro natura pesano sui naturali di un paese, a coloro che vi nascono da una famiglia straniera. Come! l'inglese sarà sottomesso alla coscrizione in Francia, e dovrà portare le armi contro l'Inghilterra, sua vera patria, perchè è nato sul suolo francese? E gli s'impone la naturalità francese con i suoi oneri, la voglia egli o non la voglia!

Il Consiglio di Stato ed il primo console erano dominati dalla potenza della tradizione. Vi era un altro corpo il quale, nello spirito della costituzione dell'anno VIII, rappresentava il principio del movimento, del progresso. Il Tribunato, fedele alla sua missione, impugnò la massima dell'antico diritto, riprodotta dagli autori del codice. Essa conduce ad una conseguenza bizzarra, dice il tribuno Siméon (2). Il figlio di un inglese sarà francese per ciò soltanto che sua madre, traversando la Francia, l'avrà messo al mondo su questa terra straniera a lei, a suo marito, ai suoi parenti. Così la patria dipenderà meno dall'affezione che vi si porta che dal caso della nascita? Il primo console voleva che si decidesse la quistione nell'interesse della Francia; esso supponeva che i figli nati da uno straniero in Francia avessero a sopportarvi gli oneri pubblici; ma il più spesso essi vi sfuggono; per meglio dire, essi vi saranno sottomessi nella loro vera patria, loro patria d'origine; essi godranno dunque dei diritti dei francesi, senza essere tenuti agli obblighi che vi sono congiunti. È questo l'interesse della Francia? (3).

Il principio, secondo il quale il territorio imprime la nazionalità a coloro che vi nascono, viene dal regime feudale, come disse benissimo il tribuno Gary (4). Ecco perchè questo principio era ammesso per lo passato in tutti i paesi dell'Europa, ecco perchè si è conservato nell'Inghilterra, ove regnano ancora le tradizioni feudali. Nella discussione del titolo preliminare al Tribunato Boissy d'Anglas caratterizzò perfettamente il regime feudale, che, abolito nell'89 in tutto ciò che aveva di odioso, prolungò il suo impero sino sotto la repubblica nel campo delle

(1) Seduta del 6 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, p. 350, n. 3).
(2) Rapporto di SIMÉON, seduta del 25 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, pagina 425, n. 10).
(3) Osservazione della sezione del Tribunato (LOCRÉ, t. I, p. 450, n. 3).
(4) Discorso pronunciato nella seduta del Corpo legislativo, il 17 ventoso anno XI (LOCRÉ, t. I, p. 473, n. 4).

leggi civili: « Allora l'uomo e la terra erano una sola e medesima cosa, e l'uno si confondeva nella natura dell'altra » (1). Le nazioni non esistevano ancora, non vi era che una classe dominante e delle classi servienti; fra queste si trovava lo straniero. L'uomo essendo una dipendenza del suolo, apparteneva naturalmente al padrone del suolo. Quando la feudalità si trasformò e cedè il luogo alla monarchia, anche il principio cambiò di forma; da ciò la massima, che ogni individuo nato sul suolo di un paese è suddito del re. Il territorio dominava le persone. Colla rivoluzione dell'89 s'aprì un'èra novella, quella delle nazionalità. Quindi doveva cambiare anche il principio in virtù del quale si acquistava la nazionalità. La nazionalità è una quistione di razza: ora, le facoltà di cui Dio ha dotato le diverse razze si trasmettono col sangue e non dipendono dal caso della nascita. Bisogna dunque capovolgere l'antica massima: poco importa il luogo ove il fanciullo vede la luce; ciò dipende dalla varietà delle circostanze, mentre il genio delle razze non dipende certo da un caso fortuito. Bisogna vedere quale è la nazionalità del padre; esso la trasmette ai figli col suo sangue.

Questo è il principio del diritto romano, come dice Cujacio e dopo di lui Pothier; non si riguardavano come cittadini che coloro i quali erano nati da cittadini; poco importava, del resto, che fossero nati a Roma od altrove. Questo principio passò nel codice, grazie alla persistenza che il Tribunato mise nel difenderlo contro la dottrina tradizionale. Il figlio nato da uno straniero in Francia non è più francese di pieno diritto, mentre il figlio nato da un francese è francese qualunque sia il luogo di sua nascita: conseguenza della massima nazionale, dice il Tribunato (2), o, come oggi diciamo, del principio di nazionalità. Tuttavia la dicitura primitiva ha lasciato qualche traccia nel testo attuale del codice (3). Da ciò la ragione per cui l'art. 9, che poneva la regola secondo la quale « ogni individuo nato in Francia è francese », si trova, quantunque trasformato, in testa alle disposizioni che determinano a chi appartiene la qualità di francese. Da ciò ancora la singolare dicitura dell'art. 10, sulla quale noi ritorneremo. Da ciò infine, presso gli autori, alcune reminiscenze dell'antico diritto che influiscono sul loro animo allorchè si tratta d'applicare un principio nuovo. È per mettere questo principio in tutta la sua luce che noi abbiamo insistito sul profondo mutamento che esso consacra. Bisogna essere logici: dacchè il codice ha ripudiato la dottrina tradizionale, bisogna ripudiare anche tutte le conseguenze che ne

(1) Seduta del 29 frimaio anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 194).
(2) Rapporto di SIMÉON (LOCRÈ, t. I, p. 431, n. 31).
(3) VALETTE, *Explication sommaire du livre 1.er du Code Napoléon*, p. 13.

derivano, e bisogna ammettere, per contrario, tutte le conseguenze alla quali conduce il nuovo principio.

322. La nazionalità è impressa al fanciullo dalla sua origine; ma non è questo un vincolo che esso non possa infrangere. Qui ancora il diritto nuovo si scosta dal diritto antico. L'ordinanza del 1669 portava: «Proibiamo a tutti i nostri sudditi di stabilirsi senza nostro permesso nei paesi stranieri con matrimonii, acquisto d'immobili, trasporto delle loro famiglie e beni, allo scopo di prendervi stabile dimora, senza più fare ritorno, sotto pena di confisca di corpi e di beni, e di essere reputati stranieri». Ciò che era un reato è divenuto un diritto. La libertà individuale, proclamata dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo, ha per conseguenza evidente che l'uomo non è più incatenato alla sua patria. Senza dubbio, esso non deve rompere leggermente dei legami che la natura ha formati, ma non deve neppure essere incatenato a un regime e a leggi che la sua coscienza riprova.

Quali sono i principii che regolano questo mutamento di nazionalità? Esso è in generale volontario, ed esige, per conseguenza, una manifestazione di volontà. Acquistando una nazionalità nuova, si perde l'antica con tutti i diritti che vi erano annessi. Ciò suppone piena capacità di disporre dei proprii diritti poichè non v'hanno diritti più considerevoli di quelli che conferisce la patria. Perchè colui che acquista una nuova patria non può conservare la sua patria d'origine? La ragione è che nessuno può avere due patrie. È di massima, dice d'Aguesseau, che non si può essere cittadino di due città; non si può esserlo, a maggior ragione, di due diversi regni (1). Non si possono avere due patrie, diceva Treilhard nell'esposizione dei motivi del titolo 1.° (2). La ragione è evidente. In conseguenza della divisione del genere umano in diverse nazioni vi sono necessariamente dei conflitti d'interessi fra queste nazioni; come potrebbe il cittadino di due patrie compiere i doveri opposti che ciascuna gli impone? Tuttavia noi vediamo che, in causa della diversità dei principii che regolano l'acquisto della nazionalità in ciascun paese, può darsi che un uomo abbia due patrie. Questa è un'anomalia, ma, per singolare che sia questa posizione, si deve riconoscere a colui che l'occupa i diritti che essa gli assicura; esso li conserverà sino a che non abbia commesso un fatto che tragga seco la perdita di una delle sue nazionalità.

Vi ha un'anomalia più strana ancora. Se talvolta si hanno due patrie, può darsi ancora che non se ne abbia alcuna, e ciò accade anche più spesso che non si creda, come diremo più avanti. Certo ciò è contrario alle leggi della natura. Iddio ha dato a tutti gli uomini la terra per abitazione; come dunque

(1) D'Aguesseau, Plaidoyer XXXII (*Oeuvres*, t. III, p. 136, in-4).
(2) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 468, n. 12.

sarebbero essi stranieri dappertutto? Ma ancora una volta l'interprete deve accettare questa anomalia; non appartiene a lui di correggere i difetti delle leggi. L'anomalia è sopratutto ripugnante quando si tratta del godimento dei diritti privati. Si concepisce che una persona non abbia parte alcuna nell'esercizio dei diritti politici; dove non regna il suffragio universale è questa la condizione dell'immensa maggioranza di coloro stessi che si dicono cittadini. Ma non si concepisce che un uomo non goda dappertutto dei diritti privati. Noi ritorneremo su questo punto trattando degli stranieri.

323. Dal principio, che il cambiamento di nazionalità implica una manifestazione di volontà, segue che nessuno può essere privato dalla sua nazionalità per effetto di una volontà straniera. Non appartiene al volere di un padre, dice d'Aguesseau, di privare i suoi figli del vantaggio inestimabile della loro origine (1). A primo aspetto, ciò sembra in contraddizione con la massima che il figlio segue la nazionalità del padre. Ma non bisogna intendere questa regola nel senso che sia il padre che dà e possa togliere la nazionalità al figlio. È la razza che imprime la nazionalità, e non è certo la volontà del padre che crea la razza. Il figlio, alla nascita appartiene alla razza cui appartiene suo padre; da questo istante esso ha un diritto del quale niuna volontà privata può spogliarlo. Noi diciamo « niuna volontà privata », perchè e leggi politiche e trattati possono cambiare la nazionalità di tutta una popolazione. Più avanti noi diremo qual'è l'effetto di questo caso di forza maggiore. Quanto al cambiamento volontario, è evidente che esso non può risultare che da una manifestazione di volontà di colui che rinuncia alla sua nazionalità per acquistarne una nuova. Il padre non può dunque disporre della nazionalità dei figli; a maggior ragione il marito non può disporre della nazionalità della moglie.

324. Vi sono dei casi in cui il cambiamento di nazionalità è forzato. Ciò avviene in conseguenza di guerre o di rivoluzioni, quando un territorio è ceduto in forza di un trattato, o che uno Stato è smembrato. Anche l'annessione volontaria importa un cambiamento forzato a rispetto della minoranza che non v'ha consentito. Non può parlarsi di manifestazione di volontà ove la volontà non è consultata. I trattati, è vero, si formano col concorso del consenso; ma queste convenzioni sono il prodotto della conquista, il frutto della vittoria per gli uni, della sconfitta per gli altri, vale a dire che il consenso è forzato. In ogni caso, coloro che cambiano di nazionalità non sono chiamati ad acconsentirvi ed anche quando essi emettessero un voto, come nel caso d'annessione, vi ha

(1) D'AGUESSEAU, Plaidoyer XXXII (*Oeuvres*, t. III, p. 134, in-4).

sempre una minoranza dissidente che subisce la legge. Ne risulta una conseguenza importantissima: il cambiamento di nazionalità facendosi malgrado coloro che rifiuterebbero il loro consenso, una manifestazione contraria sarebbe oziosa; quegli stessi che nol vogliono cambiano di nazionalità. Tale è il rigore dei principii. D'ordinario però si fanno leggi di favore le quali vi derogano, permettendo a coloro che dovrebbero mutar patria loro malgrado di conservare la loro nazionalità di predilezione.

325. Ci resta a vedere quali sono le conseguenze del cambiamento di nazionalità. Il principio è che esso non ha effetto che per l'avvenire. Noi ne troviamo l'applicazione ad un caso particolare nell'art. 20 del codice civile. La regola è generale; essa risulta dalla natura stessa delle cose. Se il cambiamento di nazionalità retroagisse, colui che acquista una nazionalità nuova con effetto retroattivo avrebbe due patrie, il che, come abbiamo detto, è impossibile. Occorrerebbe una disposizione formale in un trattato od in una legge perchè fosse altrimenti, poichè questa è un'eccezione ad un principio, e le eccezioni non esistono che allorquando sono scritte nei testi. Le conseguenze che discendono da questo principio sono evidenti. Per il passato, i diritti e gli obblighi di colui che cambia di patria sono regolati dalla nazionalità antica, e non dalla nazionalità nuova. Si applica per analogia la regola che le leggi non sono retroattive. Notiamo ancora che il principio si applica a tutti i casi in cui vi ha cambiamento di nazionalità; non devesi distinguere se è volontario o forzato; noi non possiamo per nostra volontà darci due patrie, come nessuno può imporcene più d'una.

§ 2. — *Applicazione dei principii.*

N. I. - Del figlio legittimo d'un francese.

326. Sono francesi coloro che nascono da padre francese; poco importa che nascano in Francia o all'estero (art. 10, 1.° alinea). L'applicazione di questo principio incontra qualche difficoltà, quando il padre e la madre hanno diversa nazionalità. Ciò accadrà raramente quando il padre è francese, poichè, a termini dell'art. 12, la straniera che sposa un francese segue la condizione del marito. Però il caso può darsi. Da prima, quando il marito, francese, cambia di nazionalità durante il matrimonio, la moglie francese conserva, in generale, la sua nazionalità. Poi, quando una francese sposa uno straniero, essa non acquista sempre la nazionalità del marito, quantunque perda la sua. Il padre può dunque essere straniero e la madre francese; il padre può essere francese e la madre straniera. Può

darsi anche che uno solo dei genitori abbia una patria, e che l'altro sia straniero dovunque. Quale sarà, in questi diversi casi, la condizione del figlio?

Se uno solo dei genitori ha una patria, la soluzione è facile. Il principio è che la nazionalità del figlio si determina da quella dei suoi genitori. Non vi è, in questo caso, che una sola nazionalità, quella del padre o quella della madre: il figlio non ha dunque e non può avere che una patria legale, quella di suo padre o di sua madre. Un francese si stabilisce nel Belgio coll'intenzione di non far più ritorno. Esso perde la cittadinanza francese senza divenire belga, ma la moglie conserva la sua nazionalità. I figli saranno francesi. Essi non seguiranno la condizione del padre, perchè il padre non ha più patria; appartenendo per la loro madre alla Francia, essi debbono essere francesi.

La quistione è più difficile quando il padre e la madre hanno ciascuno una nazionalità diversa. Un francese si fa naturalizzare nel Belgio; sua moglie resta francese. I figli saranno francesi o belgi? L'opinione generale è che il figlio legittimo segue sempre la condizione del padre. Demante enuncia questo principio come un assioma (1); noi però non lo troviamo scritto in nessun luogo. Si pretende ch'esso risulti dall'insieme delle regole che reggono la famiglia secondo il diritto francese. Il padre ne è il capo, si dice; la sua volontà prevale a quella della madre, quando si tratta del matrimonio del figlio (art. 148); è lui che ha la patria potestà durante il matrimonio; il figlio porta il suo nome: come dunque questi avrebbe una patria diversa dalla sua? (2). Se la nazionalità fosse una quistione di potestà, la decisione sarebbe logicissima. Ma la patria potestà non ha nulla di comune colla nazionalità del figlio. Si tratta d'un diritto del figlio e non d'un diritto del padre. E qual'è il diritto del figlio? È di reclamare la nazionalità che la sua origine gli conferisce, la razza da cui è nato, il sangue che scorre nelle sue vene. Ora, nel caso concreto, il figlio appartiene a due razze, egli ha dunque due patrie. Questa è un'anomalia senza dubbio, ma non è men vero che quest'anomalia conferisce dei diritti al figlio; esso può reclamare la nazionalità della madre, in virtù della sua origine francese, e può reclamare la nazionalità del padre, in virtù della sua origine belga. Con qual diritto il padre gli toglierebbe una facoltà che esso ha dalla nascita? Colui che ha due diritti può esercitare l'uno e l'altro quando sono compatibili; quando non lo sono, deve scegliere. Questa scelta dà luogo a nuove difficoltà, lo confessiamo. Quale sarà la condizione del figlio durante la sua minorità, quando non ha la capacità di scegliere? Belga nel Belgio, sarà francese in Francia. Ciò è assurdo, si dirà. Nulla

(1) DEMANTE, *Cours analytique de Code français*, t. I, p. 64.
(2) MOURLON, *Répétitions sur le Code Napoléon*, t. I, p. 88.

di più vero. Ma l'assurdità non riguarda l'interprete, spetta al legislatore farla sparire, sia con una legge, sia con trattati. Quanto all'interprete, esso deve restar fedele ai suoi principî, salvo a segnalare le lacune, le contraddizioni e le assurdità che incontra applicandoli.

327. Si presenta un'altra difficoltà nell'applicazione del nostro principio. Il padre è francese al tempo del concepimento del figlio, ma è belga al tempo della sua nascita. È il tempo del concepimento che bisogna considerare per determinare la nazionalità del figlio, o è quello della nascita? I nostri testi dicono: « ogni individuo *nato* » (art. 9) o « ogni figlio *nato* » (art. 10); sembra dunque che essi si attengano alla nascita e non al concepimento. Ciò è anche in armonia con i principii. Non dimentichiamo che si tratta d'un diritto del figlio. Ora, quand'è che un figlio ha dei diritti? Esso non ne ha, in generale, che a partire dalla sua nascita, ed è all'uopo necessario anche che nasca vitale. Finchè non è nato, non ha esistenza esterna, non fa parte della società umana; non ha dunque diritti da reclamare. Ora, la nazionalità è il più prezioso dei diritti. È dunque alla sua nascita solamente che il figlio può avere una patria.

Questo principio riceve però una modificazione. Vi ha un vecchio adagio il quale dice che il figlio si presume nato quando si tratta del suo interesse. Può egli invocare questa regola, se ha interesse a reclamare la nazionalità che suo padre aveva al tempo del suo concepimento? Noi crediamo che lo potrebbe. L'adagio viene dal diritto romano, ed è formulato dai giureconsulti nei termini i più generici. Qualora, dice Paolo, il suo interesse lo richiede, il figlio concepito eserciterà i suoi diritti come fosse di già nato (1). Il padre era francese al tempo del suo concepimento; il figlio ci tiene alla nazionalità francese; perchè non gli si permetterebbe d'invocare l'adagio? È vero però che ne risulterà una incertezza sullo stato di questo figlio. Dipende da lui essere belga o francese; esso ha la scelta fra due patrie. Ciò non è scevro d'inconvenienti, lo abbiamo già detto. Ma questi inconvenienti non possono essere invocati contro il figlio. Bisognerebbe, per togliergli il suo diritto, contestare, come si è fatto, il principio in virtù del quale esso invoca il tempo del concepimento. L'adagio romano, si dice, è una finzione; il codice lo ammette in materia di successione e di donazione (articoli 725, 906); ma, per ciò stesso ch'esso l'applica a due casi speciali, lo esclude implicitamente per tutti gli altri (2). Questo, ci sembra, è un cattivo ragionamento. Sì, l'adagio è una finzione; ma, consacrandola per le successioni e le donazioni,

---

(1) « Quoties de commodis ipsius partus quaeritur » (L. 7, D. 1, 5).
(2) Mourlon, *Répétitions sur le Code Napoléon*, t. 1, p. 91, nota.

il codice riconosce che essa ha un fondamento razionale. La legge romana ci dice qual'è la ragione che l'ha fatta ammettere. È l'interesse del figlio. La ragione è generale e non speciale alle successioni e alle donazioni. Quindi il principio deve essere applicato in tutti i casi in cui si tratta dell'interesse del figlio. Vedete a quali strane contraddizioni conduce l'opinione contraria! Che! La legge permette al figlio d'invocare il tempo del suo concepimento quando si tratta d'interessi pecuniarii, e non gli permette d'invocarlo quando si tratta del maggiore di tutti gli interessi, della nazionalità! Cosa più singolare ancora! Giusta il sistema del codice, lo straniero non è abilitato a succedere. Si presenta un figlio ch'era concepito al tempo dell'apertura dell'eredità, al qual tempo suo padre era francese. Lo si respingerà dicendogli: Voi siete presunto nato dopo il vostro concepimento per succedere, ma non siete presunto nato dopo il vostro concepimento per essere francese, vale a dire per essere abilitato a succedere. Così in una sola e medesima materia, le qualità richieste per succedere, il figlio potrà invocare il concepimento per una di queste qualità, e non potrà invocarlo per l'altra! Siamo più logici, e diciamo che il legislatore, applicando l'adagio romano, lo ha per ciò stesso consacrato, e ch'esso lo ha consacrato tale quale il diritto romano lo ha formulato, come una regola generale fondata sull'interesse del figlio, e che il figlio può sempre invocare quando vi ha interesse.

Noi diciamo che il figlio ha la scelta. Questo punto è controverso. Qui la dottrina tradizionale è contro di noi. Il diritto romano, seguito da Demante e Marcadé, distingue. Se è la nazionalità del padre che determina quella del figlio, bisogna attenersi al tempo del concepimento, perchè è unicamente mediante il concepimento che il figlio si congiunge al padre. Ma se il figlio deve seguire la condizione della madre, bisogna attenersi al momento della nascita; fino a quel momento il figlio non forma che una sola cosa con sua madre; è solamente dopo che è nato che si distingue da essa; non è adunque che in questo momento ch'esso può avere una nazionalità a sè (1). Questa teoria implica che la legge impone una nazionalità al figlio; ma, perchè si possa dire che la legge determina la nazionalità, bisogna che vi sia una legge. Ora il nostro codice non riporta la distinzione romana. Esso non parla in nessun luogo del concepimento, ma parla sempre della nascita. Quanto al concepimento, è un favore, una finzione che il figlio può invocare. Il favore non può essere trasformato in necessità. Ciò è contrario alla logica delle idee; si rivolgerebbe contro il figlio un principio ch'è stabilito in suo favore. Se suo padre era straniero al tempo del concepimento, e francese al tempo della nascita,

(1) DEMANTE, t. I, p. 65. Vedi GAIUS, *Instit.*, I, 89; MARCADÉ, t. I, p. 85, num. 3.

perchè lo si dichiarerebbe straniero? Perchè non gli si lascerebbe il beneficio della regola, che è la nascita, salvo a lui invocare la finzione, se vi ha interesse?

N. II. — Del figlio naturale.

328. La nazionalità del figlio naturale è regolata dal medesimo principio che quella del figlio legittimo; la sua patria è quella dei suoi genitori. Ma quali sono i suoi genitori? Qui vi ha una differenza tra il figlio naturale e il figlio legittimo: lo stato di questo è certo; il matrimonio lo attesta, e gli atti di nascita e di matrimonio lo provano. Non è lo stesso del figlio naturale. Nel nostro diritto esso non ha filiazione se non è riconosciuto. Supponiamo che non lo sia nè dal padre, nè dalla madre: egli non ha filiazione, vale a dire che nessun vincolo legale lo lega a una famiglia qualsiasi; legalmente egli non può avere nazionalità, egli non ha patria.

Tale è il rigor dei principii. Secondo l'opinione generale, il figlio nato da padre e madre ignoti è francese, solo perchè nasce in Francia. Merlin enuncia questa opinione come un assioma. Il figlio nato da padre e madre ignoti, egli dice, appartiene allo Stato fin dalla nascita; non si saprebbe dunque come disputargli il titolo di francese, ch'è proprio di tutti i sudditi del re (1). Ciò è ammettere come certo quel che si dovrebbe dimostrare. Ove è detto che il figlio nato in Francia da padre e madre ignoti appartiene allo Stato? che è suddito del re? Questo era vero nell'antico diritto, allorchè la nazionalità del figlio era determinata dal luogo di nascita. Ma non è più vero secondo il nuovo principio che determina la nazionalità da quella del padre: colui che legalmente non ha padre non può avere patria. Si dice che il figlio deve presumersi nato da genitori francesi, perchè tale è la regola generale per coloro che nascono in Francia, la qualità di stranieri non essendo che un'eccezione (2). Senza dubbio, questa presunzione è razionale, poichè ha per sè la probabilità. Ma basta ciò perchè l'interprete possa ammetterla? Non vi sono presunzioni oltre quelle che sono stabilite dalla legge, poichè nella specie non può trattarsi di quelle che sono lasciate alla prudenza del magistrato (art. 1353). L'interprete non può dunque creare presunzioni. Il legislatore avrebbe potuto, avrebbe dovuto farlo, ma esso non l'ha fatto. Quindi la quistione è decisa; non appartiene all'interprete di colmare le lacune della legge.

S'invoca il decreto del 4 luglio 1793, il quale dichiara che i fanciulli esposti porteranno il nome di *figli naturali della pa-*

(1) Merlin, *Répertoire,* alla parola *Français,* § 1, n. 1.
(2) Marcadé, t. I, p. 84, n. 2.

tria. Questo decreto è anteriore al codice, e riproduce l'antico principio che si trova in tutte le leggi e le costituzioni emanate dopo il 1789. Il codice avendo posto un principio nuovo, non si può più valersi dell'antica legislazione per interpretare la nuova. Vi ha un decreto posteriore al codice, quello del 19 gennaio 1811, che è concepito nel medesimo senso. L'art. 17 dice che i fanciulli esposti, allevati a carico dello Stato, sono intieramente a sua disposizione; a termini dell'art. 19, essi sono chiamati all'esercito come coscritti, il che suppone che sieno francesi; però il decreto non lo dice. Qui si vede la potenza della tradizione. Gli autori del decreto han ragionato come Merlin: il fanciullo esposto è suddito del re solo perchè è nato in Francia. Ciò era vero un tempo, non è più vero oggidì. Il codice parte dal principio che la nazionalità dipende dall'origine. Secondo quest'ordine d'idee, il fanciullo che non ha filiazione non ha nazionalità. Noi diremo più avanti che il figlio nato in Francia da padre e madre ignoti può invocare il beneficio dell'art. 9.

329. D'ordinario il figlio naturale nato in Francia è iscritto sui registri dello stato civile sotto il nome della madre, senza che vi sia un riconoscimento propriamente detto. Si dice allora che la madre è *nota;* basta questo perchè il figlio sia francese, se la madre è francese? Taluno lo pretende (1), ma ciò è contrario ai principii che noi abbiamo esposto. Che importa che la madre sia *nota* di fatto? Questo è tutto ciò che risulta dalla dichiarazione constatata dall'ufficiale dello stato civile, quando il figlio naturale non è riconosciuto. Legalmente, questo figlio non ha madre; esso non ha dunque nazionalità d'origine. Secondo la nostra opinione, esso è senza patria, per essere nato da padre e madre ignoti. Occorrerebbe una legge per dargli la qualità di francese, per via di presunzione; ma legge non v'ha. Ciò risolve la quistione. Questo fanciullo, essendo nato in Francia, potrà però invocare egli pure il benefizio dell'art. 9.

330. Se il figlio naturale è riconosciuto da uno solo dei suoi genitori, si rientra nel principio generale; egli seguirà la condizione del padre o della madre che lo ha riconosciuto. Se è la madre, non v'ha dubbio. Era determinato così anche dall'antico diritto. La quistione non si presentava che nel caso che il figlio fosse nato all'estero, e si rispondeva che il figlio naturale seguiva la condizione della madre; nato da una francese, egli era francese (2). È lo stesso, già s'intende, oggidì. Si potrebbe trar profitto dall'adagio che il figlio concepito si presume nato quando si tratta del suo interesse? La madre, straniera al momento della nascita, era francese al tempo del concepimento. Il figlio potrà, a nostro avviso, reclamare la cittadinanza francese.

---

(1) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droit civil*, n. 71.
(2) POTHIER, *Traité des personnes*, parte I, t. II, sez. I.ª.

Infatti, il codice non limita l'adagio ai figli legittimi; la ragione sulla quale esso si fonda è generale; quindi deve giovare a tutti i figli. Noi applichiamo i medesimi principii al figlio naturale riconosciuto dal padre. È il tempo della nascita che determinerà la nazionalità di questo figlio, salvo a lui ad invocare il momento del concepimento, se vi ha interesse. Noi abbiamo risolto la questione così per i figli legittimi, e i medesimi principii debbono essere applicati ai figli naturali, perchè non v'ha alcuna ragione di stabilire una differenza.

331. Ora siamo all'ipotesi la più difficile. Il figlio naturale è riconosciuto dal padre e dalla madre. Se l'uno e l'altro sono francesi, non v'ha quistione: ma come bisogna rispondere se l'uno è francese e l'altro straniero? Supponiamo anzitutto che il riconoscimento si faccia simultaneamente. Noi crediamo che questo figlio avrà due nazionalità. Infatti, per il padre, se è francese, egli è d'origine francese; per la madre, se è tedesca, egli sarà d'origine tedesca. Nato da due razze diverse, egli avrà due patrie; per conseguenza, avrà la scelta fra le due nazionalità. Noi rispondiamo così nel caso che padre e madre sieno maritati; a maggior ragione dobbiamo mantenere la nostra opinione pel caso in cui non v'ha matrimonio, e quindi nessun legame legale fra il padre e la madre. Noi siamo allora in presenza di due nazionalità distinte, senza che vi sia una ragione determinante per deciderci in favore dell'una piuttosto che in favore dell'altra.

Questa opinione, che è quella di Richelot (1), non ha trovato favore. Gli uni si decidono per la nazionalità della madre, gli altri per quella del padre. Nell'antico diritto il figlio naturale seguiva la condizione della madre. Ma il codice non riporta questo principio. Possiamo noi, nel silenzio della legge, ammettere che la nazionalità della madre prevalga a quella del padre? (2). Questo sarebbe come imporre una patria al figlio, sarebbe come togliergli un diritto che tiene dalla sua origine paterna. Il legislatore potrebbe farlo, sebbene non vediamo la ragione perchè lo faccia. In ogni caso, l'interprete non lo può; esso non ha alcuna veste per fare la scelta in luogo e vece del figlio. Vi sono motivi per dare la preponderanza alla nazionalità del padre? (3). S'invoca l'analogia del matrimonio: è il padre naturale che esercita la patria potestà, è lui che dà il nome al figlio. Su quest'ultimo punto non vi sono testi, e noi non vediamo

---

(1) Richelot, *Principes du droit civil français*, t. I, p. III, n. 66.
(2) Questa è l'opinione di Duranton, t. I, n. 121.
(3) Questa è l'opinione di Valette in Proudhon, t. I, p. 153; di Marcadé, di Demolombe, ecc. (Vedi le fonti in Dalloz, alla parola *Droit civil*, n. 73). Essa è stata consacrata implicitamente dalla Corte di Gand, in materia d'estradizione, sulla requisitoria dell'avvocato generale de Paepe (*Pasicrisie*, 1861, 2, 383). Vi è anche una sentenza della Corte di Caen (18 febbraio 1852) in questo senso (Dalloz, 1853, 2, 61).

perchè il figlio naturale dovrebbe portare il nome del padre quando preferisse prendere quello della madre. Quanto alla patria potestà, noi abbiamo già detto ch'essa non ha nulla di comune con la quistione della nazionalità, poichè non si tratta di un diritto del padre, ma di un diritto del figlio. Ora, il figlio ha due diritti, e a lui che ha due diritti spetta scegliere; l'interprete non può farlo per lui, e il legislatore, che lo potrebbe, non lo ha fatto.

Noi abbiamo supposto che il riconoscimento sia fatto simultaneamente dal padre e dalla madre. Quando il figlio è riconosciuto successivamente, ci sembra che vi sia una ragione di più in favore della nostra opinione. Il figlio è riconosciuto da sua madre francese, poi è riconosciuto da suo padre tedesco. Il primo riconoscimento dà certamente un diritto al figlio; egli è francese. Suo padre può togliergli questo diritto? Colui che ha la cittadinanza francese non la perde che per una causa prevista dalla legge. Occorrerebbe dunque una legge perchè il riconoscimento del padre facesse perdere al figlio la nazionalità che tiene dall'origine materna. Ma è d'uopo ripetere che non esiste legge alcuna? Quando dunque l'interprete dichiara che il riconoscimento del padre annulla quello della madre, in ciò che concerne la nazionalità, esso fa realmente la legge, mentre la sua missione si limita a interpretarla.

N. III. - Del figlio nato da uno straniero in Francia.

332. Il figlio nato in Francia da uno straniero è straniero, secondo il nuovo principio ammesso dal codice civile; ma il legislatore gli permette d'acquistare la qualità di francese: esso può reclamarla, dice l'art. 9, entro l'anno dalla maggiore età. È dunque un diritto che esercita, non è un favore che sollecita; egli diviene francese per la sola sua volontà. Perchè la legge si mostra così favorevole a questo figlio? L'antico diritto gli era più favorevole ancora, poichè il figlio nato in Francia da uno straniero era di pieno diritto francese, fino dal giorno della sua nascita. Quantunque abbia abbandonato questo principio, il legislatore vede sempre questo figlio con una predilezione singolare. Si può giustificare questo favore quando il figlio, nato in Francia, vi è anche cresciuto; egli è legato allora alla Francia da quel vincolo possente che ci avvince al suolo nativo. È quello che suppone l'oratore del governo, quando scrive queste parole un po' fiorite: « I suoi primi sguardi han visto il suolo francese; è su questa terra ospitale ch'egli ha sorriso per la prima volta alle carezze materne, che ha sentito le prime emozioni, che si sono sviluppati i suoi primi sentimenti. Le impressioni dell'infanzia non si cancellano mai; tutto gli rammenterà, nel corso della vita, i suoi primi giuochi, i suoi primi

piaceri; perchè gli si rifiuterebbe il diritto di reclamare la qualità di francese che tante e sì dolci rimembranze potranno rendergli cara? Egli è un figlio adottivo... » (1). È evidente che queste considerazioni non hanno alcun valore quando il figlio nasce in Francia durante un soggiorno passeggiero che sua madre vi faccia. Forse il legislatore avrebbe dovuto limitare la sua disposizione al figlio nato da genitori che vi hanno stabile dimora.

333. A quali figli si applica la disposizione dell'art. 9? Il testo dice: « Ogni individuo *nato in Francia* da uno *straniero* ». Bisogna dunque che il figlio sia nato in Francia, e nato da uno straniero. Si domanda se esso potrebbe invocare l'adagio che presume il figlio concepito come nato quando si tratta del suo interesse. Tutti sono d'accordo nel dire che questa finzione non è applicabile in questo caso. I motivi che noi abbiamo riportato ce ne danno la ragione. L'adagio suppone che il fatto solo della vita basta perchè il figlio eserciti il diritto che reclama. Ora, l'articolo 9 annette il diritto, che esso conferisce al figlio, non al fatto della vita, ma al fatto della nascita; basta ch'esso sia nato sul suolo francese perchè questo suolo gli conferisca un diritto. La nascita è dunque una condizione essenziale, richiesta dalla legge, perchè il figlio possa godere del beneficio ch'essa gli accorda. Se questa condizione manca, il beneficio non esiste più.

334. Il figlio dev'essere nato da uno straniero perchè si possa applicare l'art. 9. Si domanda qual'è la posizione del figlio nato da genitori che non hanno più patria. Un belga si stabilisce in Francia senza intenzione di ritornare in patria; esso perde la cittadinanza belga senza acquistare la nazionalità francese. Quale sarà la condizione dei figli ai quali darà la luce in Francia? La risposta si trova nel testo dell'art. 9: « Ogni individuo, dice la legge, nato in Francia da uno straniero potrà reclamare la qualità di francese ». Il figlio nato da genitori che non hanno patria è certamente nato da uno straniero; quindi nasce straniero, in applicazione del principio generale che il figlio segue la condizione del padre. Esso può divenire francese adempiendo alle condizioni prescritte dall'art. 9; se esso non le adempie, resta straniero e senza patria come suo padre.

Tale non è l'avviso di Demante. A lui sembra che questo figlio è naturale francese, e che non ha bisogno di fare una dichiarazione qualsiasi. Il principio, secondo il quale il figlio segue la condizione del padre, suppone che il padre abbia una nazionalità. Ma quando il padre non ne ha, non ne trasmette alcuna al figlio; quindi questi non può più seguire la condizione del padre. Non è il caso d'applicare l'art. 9, perchè questo articolo suppone anche che il figlio nato in Francia da uno straniero abbia una nazionalità d'origine; la legge gli concede

(1) TREILHARD, *Esposizione dei motivi* (LOCRÉ, t. I, p. 466, n. 4).

la scelta fra questa nazionalità e la nazionalità francese; ecco perchè essa esige ch'egli dichiari la sua intenzione, entro l'anno dalla maggiore età. Ma colui che nasce senza patria non ha scelta. A qual pro domandargli una manifestazione d'intenzione, quando non può avere altra intenzione che d'essere francese? È d'uopo adunque ritornare allora all'antico principio che dava di pieno diritto la nazionalità francese al figlio nato in Francia. Nulla impedisce dunque che il figlio d'un padre che non ha patria invochi la sua nascita sul suolo francese (1).

Vi è in questi ragionamenti un miscuglio di verità e d'errore. Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto prendere in considerazione la condizione speciale del figlio che nasce senza patria; esso avrebbe potuto, per eccezione all'art. 9, dichiararlo francese di pieno diritto, presumendo che la sua volontà è d'essere francese. Ma il legislatore non l'ha fatto. Quindi noi restiamo sotto l'impero della regola generale stabilita dall'art. 9, poichè l'interprete non può creare eccezioni nè presunzioni. Esso non può soprattutto invocare gli antichi principii, allorchè la legge ha formolato un principio nuovo. Ora, è precisamente il nostro art. 9 che, nel progetto del codice, riproduceva il principio antico, ed è questo medesimo articolo che, modificato dietro le osservazioni del Tribunato, consacrò il nuovo principio. Noi siamo dunque legati tanto dal testo quanto dallo spirito della legge (2).

335. Noi applichiamo il medesimo principio a due altre ipotesi. Il figlio nasce da uno straniero che è stato autorizzato a stabilire il suo domicilio in Francia; deve esso adempiere alle condizioni prescritte dall'art. 9 per divenire francese? L'affermativa ci sembra evidente. È certo che il padre resta straniero; egli conserva dunque la sua nazionalità. Il figlio ha la patria del padre, e quindi la scelta fra due nazionalità. È il caso previsto dall'art. 9 (3).

È lo stesso del figlio nato da padre e da madre ignoti. Qui vi ha un dubbio. Si sostiene generalmente che esso nasce francese. Secondo la nostra opinione invece nasce senza patria. Ma può egli invocare il beneficio dell'art. 9? Si potrebbe contestarlo stando alla lettera della legge che dice «nato da uno *straniero*». È d'uopo adunque, si dirà, che il figlio provi che è nato da uno straniero; e, se non può dare questa prova, l'articolo 9 diviene inapplicabile. Benchè vi sia un tal motivo di dubbio, è pur d'uopo dire che questo figlio può giovarsi dell'art. 9. Di due cose l'una: o esso è nato da un francese, e allora è francese; o è nato da uno straniero, e allora non gli si può conte-

---

(1) DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. I, p. 66 e seg. VALETTE in Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 200, condivide questa opinione.
(2) Questo è l'avviso di DEMOLOMBE, t. I, p. 172, n. 52.
(3) DURANTON, *Cours de droit français*, t. I, p. 13, n. 121. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 173, n. 153.

stare il beneficio dell'art. 9. Non vi ha d'uopo di alcuna prova, poichè, per ciò soltanto che gli si nega la qualità di francese, gli si riconosce quella di straniero.

336. La legge vuole che il figlio nato da uno straniero in Francia reclami la qualità di francese, « nell'anno che segue il compimento della sua maggiore età ». Qual'è questa maggiore età? La quistione è controversa. Secondo i principii non vi ha alcun dubbio. Il figlio nato da uno straniero è straniero? il suo stato è dunque regolato dalla legge straniera; ora, la maggiore età è certo uno statuto personale. Lo spirito della legge è d'accordo col testo. Perchè l'art. 9 vuole che il figlio reclami la sua qualità di francese dopo la maggiore età? Perchè il minore non ha l'esercizio dei suoi diritti, e perchè bisogna avere una piena capacità per cambiare di nazionalità. Ora, lo straniero non è legalmente capace che allorquando ha raggiunto la maggiore età fissata dal suo statuto personale. Supponiamo che, secondo questo statuto, esso non sia maggiore che a venticinque anni; siccome esso non ha, prima di questa età, l'esercizio dei suoi diritti, non può pensare a reclamare la qualità di francese all'età di ventun anni. Prescrivergli di fare la sua dichiarazione a questa età, sarebbe volere ch'esso esercitasse il diritto più importante, quando è incapace; che esso rinunciasse alla sua nazionalità d'origine, quando non può disporre dei suoi beni! Tale non può essere il senso dell'art. 9, poichè il legislatore francese non può regolare la capacità di uno straniero.

Si pretende che la costituzione dell'anno VIII abbia derogato a questi principii, e che il codice civile debba essere interpretato secondo questa costituzione, sotto l'impero della quale esso è stato pubblicato. Infatti, l'art. 3 porta: « Uno straniero diviene cittadino francese allorquando, dopo avere raggiunto l'età di ventun anni compiuti, ed avere dichiarata l'intenzione di fissarsi in Francia, vi ha risieduto per dieci anni consecutivi ». È certo che questa disposizione della costituzione dell'anno VIII deroga ai principii che regolano lo statuto personale dello straniero. Ma ci sembra anche certo che l'art. 9 del codice deroga all'art. 3 della costituzione. La differenza di testo è evidente. A termini dell'art. 9, lo straniero deve fare la sua dichiarazione entro l'anno dalla maggiore età, mentre, secondo l'articolo 3, esso può farla all'età di ventun anni compiuti. I testi essendo chiari e formali, bisogna applicarli secondo la loro lettera; l'art. 9 è speciale e non concerne che lo straniero *nato in Francia;* l'art. 3 è generale ed è applicabile ad ogni straniero. Ne risulta che lo straniero nato in Francia, che non può più profittare del beneficio dell'articolo 9, perchè ha lasciato passare l'anno della maggiore età senza fare la dichiarazione prescritta dal codice, può ancora invocare l'articolo 3, perchè, s'esso *può* fare la sua dichiarazione quando ha ventun anni, non ne segue che debba farla a quella età. Questa differenza

spiega la contraddizione ch'esiste fra il codice e la costituzione dell'anno VIII. L'art. 9 prescrive un termine fatale; bisogna dunque farlo decorrere a partire dall'epoca legale della capacità. L'art. 3 dà una facoltà allo straniero che ha raggiunto ventun anni; s'esso è capace, ne profitterà; se non è capace, ne profitterà più tardi. Resta sempre la contraddizione, poichè la costituzione ammette la validità d'una dichiarazione in un'età in cui il codice civile la nega. Ma la contraddizione risulta dai testi; non spetta all'interprete farla sparire (1). Non si può interpretare l'art. 9 mediante l'art. 3, e dire che la *maggiore età* che esso esige è quella di *ventun anni* prescritta dall'art. 3; questo sarebbe modificare il testo dell'art. 9; sarebbe rivolgere contro lo straniero, nato in Francia, una disposizione ch'è stata introdotta in suo favore.

337. In che consiste la dichiarazione che il figlio nato da uno straniero deve fare se vuole divenire francese? Esso deve, dice l'art. 9, se risiede in Francia, dichiarare che è sua intenzione di fissarvi il suo domicilio; se risiede in paese straniero, deve promettere formalmente di fissare il suo domicilio in Francia, e stabilirvisi entro l'anno dalla maggiore età. Il codice non determina la forma nella quale deve farsi la prescritta dichiarazione. Nel Belgio si segue una circolare del ministro dell'interno dell'8 giugno 1836: la dichiarazione è ricevuta dall'autorità comunale che ha steso l'atto di nascita del fanciullo (2). Sarebbe stato però più regolare prescrivere questa formalità per decreto reale, poichè i ministri non hanno il diritto di prendere delle misure per l'esecuzione delle leggi. La dichiarazione non è sufficiente; bisogna inoltre che sia fissato il domicilio in Francia.

Si domanda se la dichiarazione può essere supplita da un atto equivalente, mediante un fatto che manifesti l'intenzione dello straniero di divenire francese. Il testo del codice risolve la quistione; esso esige una *dichiarazione*, una *promessa formale*, dunque una manifestazione di volontà. E ciò si concepisce di leggieri. Lo straniero che profitta del beneficio dell'art. 9 rinuncia alla patria d'origine nel tempo stesso che acquista una patria nuova; esso rinuncia dunque alla sua nazionalità, vale a dire al più prezioso di tutti i diritti. Il legislatore esige sovente che la rinunzia a un diritto privato sia espressa, affinchè non resti alcun dubbio sull'intenzione di colui che vi rinuncia. A maggior ragione doveva esigere che colui il quale rinunzia alla sua patria d'origine, per acquistarne una nuova, esprima la sua volontà in modo formale. La giurisprudenza è costante su questo

---

(1) Questa è l'opinione di MARCADÉ e di DEMANTE, DURANTON e ZACHARIAE sono dell'avviso contrario.
(2) *Pasinomie*, serie III, t. VI, p. 423.

punto (1). È stato deciso che l'arruolamento volontario contratto dallo straniero per servire nell'esercito francese non poteva tener luogo della dichiarazione prescritta dalla legge. È stato giudicato che, per evidente che fosse l'intenzione dello straniero di voler essere francese, nessun fatto poteva supplire la dichiarazione espressa; nè il reclutamento, nè il servizio della guardia nazionale, nè il matrimonio con una francese, nè la residenza continua in Francia, nè l'esercizio dei diritti elettorali (2).

338. Qual'è la posizione dello straniero se lascia trascorrere l'anno dalla maggiore età senza far la dichiarazione prescritta dall'art. 9? Esso resterà straniero e non potrà acquistare la cittadinanza francese che mediante la naturalizzazione. Tale è l'opinione generale, insegnata dagli autori e seguita dalla giurisprudenza. Essa si fonda sul testo preciso della legge. Il figlio nato in Francia da uno straniero nasce straniero. Esso può reclamare la qualità di francese, ma deve farlo entro l'anno dalla maggiore età; è dunque una condizione che deve essere adempiuta in un termine fatale. Decorso questo termine, lo straniero resta ciò che era in virtù della sua nascita. Esso è nella posizione di ogni straniero; non può acquistare la qualità di francese che mediante la naturalizzazione (3).

La legge belga sulla naturalizzazione del 27 settembre 1835 ha derogato, in questo punto, al codice civile. Secondo questa legge, solo la grande naturalizzazione conferisce la qualità di belga in tutta la sua pienezza; ora, la grande naturalizzazione non è accordata che per servigi eminenti resi allo Stato. Vale a dire che pochissimi stranieri vi possono aspirare. Per un'eccezione di favore, la legge (art. 2) ammette a domandare la grande naturalizzazione gl'individui abitanti nel regno, nati nel Belgio da genitori ivi domiciliati, senza che abbiano bisogno di provare che han reso servigi eminenti allo Stato. Questa disposizione si giustifica per la considerazione che pochi stranieri profittano del beneficio dell'art. 9, non perchè non vogliano usarne, ma perchè credono che basti nascere nel Belgio per essere belga; essi ignorano che, oltre il fatto della nascita, il codice civile esige la dichiarazione della loro intenzione. È chiaro perciò che essi sarebbero nell'impossibilità d'acquistare la cittadinanza belga, ben pochi fra essi trovandosi nel caso di domandare la grande naturalizzazione. La legge del 1835 è venuta in loro soccorso. Ma bisogna osservare ch'essa non concede allo straniero il medesimo diritto che gli riconosceva il codice civile.

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 18 luglio 1846 (Dalloz, 1846, 1. 263) e della Corte di Douai del 27 gennaio 1848 (Dalloz, 1848, 2, 1643).

(2) Sentenza della Corte di cassazione del 18 luglio 1846 (Dalloz, 1846, 1, 265).

(3) Vedi la dottrina e la giurisprudenza in Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 138.

Lo straniero che fa la dichiarazione prescritta dall'art. 9 diviene belga di pieno diritto, mentre colui il quale invoca la legge del 1835 deve dimandare la naturalizzazione, e il potere legislativo può rifiutargliela. Inoltre l'art. 9 è applicabile anche quando i genitori dello straniero non fossero stati domiciliati nel Belgio, mentre la legge del 1835 esige questa condizione perchè la grande naturalizzazione possa essere accordata allo straniero; di modo che coloro che fossero nati da genitori non domiciliati nel Belgio non potrebbero invocare il beneficio dell'art. 2.

339. Il figlio che adempie alle condizioni prescritte dall'articolo 9 è francese fin dalla nascita, o non acquista la nazionalità francese che per l'avvenire? Secondo i principii che noi abbiamo posti sul cambiamento di nazionalità, bisogna rispondere, e senza esitare, che lo straniero, nato in Francia, che reclama la cittadinanza francese, non l'acquista che dal giorno della sua dichiarazione. Infatti esso nasce straniero; questo primo punto è certo ed è riconosciuto da tutti. Se venisse a morire durante la minorità, morirebbe straniero. Quando dunque, fatto maggiore, reclama la qualità di francese, esso cambia di nazionalità, e ogni cambiamento di nazionalità non è efficace che per l'avvenire (1). Che avverrebbe se la sua dichiarazione fosse retroattiva? Esso avrebbe avuto due patrie durante la minorità; sarebbe stato a un tempo francese e straniero. Ciò è contrario ai principii, e occorrerebbe una legge per ammettere una simile anomalia (2).

Taluni pretendono che la legge esista. Toullier dice che la parola *reclamare*, di cui si serve l'art. 9, vuol dire che il figlio nato in Francia da uno straniero nasce francese, nel senso che il suo *reclamo* ha per iscopo non d'acquistare un *diritto*, ma di constatarlo. Egli ne conclude che la dichiarazione richiesta dalla legge è una condizione sospensiva, la quale, se si verifica, retroagisce al giorno della nascita. Questa opinione ha trovato favore. Valette l'adotta, e così pure Zachariae (3). Bisogna diffidare delle condizioni sospensive che gli autori immaginano troppo spesso per sostegno della loro causa. La condizione non può derivare che dalla volontà dell'uomo o dalla legge. Nel caso concreto essa dovrebbe essere scritta nella legge. Ora, la legge non ne parla affatto, e, secondo i principii, certamente non può trattarsi d'un diritto condizionale. La dottrina di Toullier è ancora un avanzo dell'antico diritto che reputava lo straniero naturale francese quando nasceva in Francia.

(1) Vedi retro n. 325.
(2) Questa è l'opinione di DURANTON, t. I, p. 131, n. 199, e di DEMANTE, t. I, p. 70 e seg.
(3) TOULLIER, t. I, n. 261. VALETTE, *Explication sommaire du livre premier*, p. 10 e seg. ZACHARIAE, t. I, § 69, p. 153, traduzione d'AUBRY e RAU.

Bisogna lasciar da parte questo principio tradizionale per attenersi al principio della nazionalità d'origine proclamato dal Tribunato, e in questo nuovo ordine d'idee la quistione non può essere dubbia. Quanto all'espressione *reclamare*, il senso è chiarissimo, se si riflette al favore che la legge ha accordato alla nascita sul suolo francese. Più che un favore, è un diritto che essa accorda allo straniero e che nessuno può contestargli: esso, ed è verissimo, non domanda nulla, ma esercita un diritto. Ecco perchè il legislatore si è servito della parola energica *reclamare*.

S'invoca anche l'art. 20. Il legislatore ivi si occupa degli individui che ricuperano la cittadinanza francese in virtù degli articoli 10, 18 e 19, e determina che essi non la ricuperano che per l'avvenire. Siccome questa disposizione non fa menzione dell'art. 9, si conclude che il silenzio della legge indica che la sua volontà è di non applicare il principio della non retroattività al figlio nato da uno straniero in Francia; d'onde segue, *a contrario*, che la dichiarazione che esso fa è retroattiva. Si possono dare parecchie risposte a questa argomentazione. Si è in diritto di rigettarla solo perchè essa si fonda sul silenzio della legge, e perchè conduce ad una conseguenza che è in opposizione con i principii. Si può dire che l'art. 20, parlando di coloro che *ricuperano* la cittadinanza francese, non poteva menzionare che coloro i quali l'acquistano dopo averla perduta; che non doveva dunque comprendere il figlio di cui nell'art. 9, il quale non *ricupera* la nazionalità francese, ma l'acquista. Vi ha una ragione più perentoria ancora che ci spiega perchè l'art. 20 non parla dell'art. 9, mentre parla dell'art. 10. Il Consiglio di Stato adottò il principio della non-retroattività, posto dall'art. 20, nella seduta del 14 termidoro anno IX. Allora non si poteva pensare a formolare il medesimo principio per il figlio di cui nell'art. 9, poichè, secondo il primo schema votato dal Consiglio, questo figlio era francese di pieno diritto, pel solo fatto d'essere nato in Francia (1). Più tardi, dietro le osservazioni del Tribunato, il principio del progetto del codice fu mutato, e non si pensò più alla quistione della retroattività. D'altronde era inutile parlarne, bastando per ciò i principii generali. Infatti l'art. 20 non consacra un'eccezione, ma non fa che applicare il principio generale secondo il quale il cambiamento di nazionalità non ha efficacia che per l'avvenire. Questo principio dev'essere applicato al figlio, di cui nell'art. 9, come a tutti gli altri casi che possono presentarsi. L'art. 20 può essere invocato in appoggio della nostra opinione (2).

---

(1) Locré, *Législation civile*, t. I, p. 365, n. 24.

(2) Vedi, in questo senso, una sentenza della Corte di Parigi del 4 gennaio 1847 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 2, 34). Essa è stata cassata da una sentenza del 19 luglio 1848 (Dalloz, 1848, 1, 129).

N. IV. — Del figlio nato da un francese che ha perduto la cittadinanza francese.

340. Qual'è la nazionalità dei figli il cui padre rinuncia alla cittadinanza francese? Coloro che fossero nati al momento in cui il loro padre cangia di patria, conservano la nazionalità francese; essi tengono questo diritto dalla loro nascita, e il padre non può toglierlo loro. È questa una conseguenza evidente del principio che il padre non può disporre della nazionalità dei figli. La legge belga sulla naturalizzazione del 27 settembre 1835 consacra un'applicazione di questo principio. A termini dell'art. 4, i figli minori possono profittare della naturalizzazione ottenuta dal padre, ma non ne profittano di pieno diritto; essi debbono fare una dichiarazione all'uopo entro l'anno dalla maggiore età.

I figli concepiti all'epoca della rinuncia che il loro padre fa della nazionalità possono invocare l'adagio che attribuisce al concepimento il medesimo effetto che alla nascita? Ci sembra che l'affermativa non soffra alcun dubbio. L'adagio è generale; il figlio può giovarsene dal momento che v'ha un interesse; ora, esso può tenerci a conservare la sua nazionalità d'origine. Ciò risolve la quistione. Per contrario, i figli concepiti dopo che il padre ha perduto la cittadinanza francese, nascono stranieri. È questa un'applicazione logica del principio che la nazionalità del padre determina quella del figlio. Ma la legge (art. 10) permette loro di ricuperare la cittadinanza francese adempiendo alle formalità prescritte dell'art. 9 (1). Gli oratori del governo ci fanno conoscere i motivi di questo favore. « Quantunque il padre abbia perduto la qualità di francese, il figlio non cessa per questo d'essere formato di sangue francese; la perdita di questa qualità nel padre non è che un accidente a lui personale, frutto della sua incostanza o della sua cattiva condotta. Perchè la nascita del figlio ne soffrirebbe? Se esso non condivide i sentimenti del padre, se ha dei riguardi verso la patria che la natura gli destinava, se vi è ricondotto dal suo amore per essa perchè dovrebbe riceversi come uno straniero? Essa deve trattarlo come un figlio che viene a ritrovare la sua famiglia e che invoca il favore della sua origine » (2). Come dice D'Aguesseau, « la patria, come una buona madre, tende sempre le braccia ai suoi figli, e li invita a ritornare ai proprii doveri » (3).

---

(1) Vedi retro, n. 337.
(2) Boulay, *Esposizione dei motivi*, fatta nella seduta dell'11 frimaio anno X (Locré, t. I, p. 423, n. 6).
(3) D'Aguesseau, *Plaidoyer* XXXI (*Oeuvres*, t. III, p. 133, in-4).

341. L'art. 10 dice che il figlio nato da un francese che ha perduto la cittadinanza francese può sempre *ricuperarla*. Questa espressione di *ricuperare* non è esatta; il figlio, essendo nato da uno straniero, non è stato mai francese, non ha mai perduta questa qualità; quindi esso l'acquista, non la ricupera. Gli autori del codice lo confessano; ma è a bella posta ch'essi hanno usato la parola *ricuperare*. « Lo straniero *acquisterà*, dice il tribuno Siméon, l'originario francese *ricupererà*. Suo padre ha potuto perdere la sua qualità, ma non ha potuto menomamente alterare il sangue francese che scorre nelle vene di suo figlio; esso non ha potuto toglierglì i suoi avi; e se questo figlio, migliore di suo padre, vuole ritornare alla patria, essa gli aprirà le braccia, non come a un figlio nuovo che *acquista*, ma come a un figlio che *ricupera* » (1).

342. Il sangue francese che scorre nelle vene di questo figlio gli ha fatto accordare ancora un altro favore. Esso potrà *sempre* ricuperare la qualità di francese, dice l'art. 10; e ciò in opposizione al figlio nato da uno straniero in Francia, che deve fare la sua dichiarazione entro l'anno dalla maggiore età. « I motivi di questa differenza, dice il tribuno Gary, sono i motivi della disposizione stessa. Essi sono fondati sul favore dovuto all'origine francese, su questa affezione naturale, su questo amore ineffabile che conservano alla Francia tutti coloro nelle cui vene scorre sangue francese » (2). Se il figlio nato da una famiglia francese può ricuperare la sua nazionalità, in ogni momento della sua vita, come dice l'oratore del Tribunato, bisogna concluderne che esso lo può durante la sua minorità? La negativa ci sembra evidente. Questo figlio, ricuperando la nazionalità francese, rinuncia nel medesimo tempo alla nazionalità di suo padre. Ora, per rinunciare a un diritto, bisogna essere maggiore. Invano si direbbe che il minore può sempre migliorare la sua condizione; se esso guadagna una patria che era quella dei suoi avi, perde però la patria che gli aveva dato suo padre. Quale sarà la maggiore età richiesta? Demante risponde che, secondo il rigore dei principii, si dovrebbe esigere la maggiore età straniera. Ciò è incontestabile, perchè il figlio, di cui nell'art. 10, nasce straniero, e quindi al momento in cui fa la sua dichiarazione, è regolato dallo statuto straniero. Se, secondo questo statuto, esso non è maggiore che a venticinque anni, non sarà capace che a questa età. Tuttavia Demante soggiunge ch'egli ammette qui senza difficoltà l'età maggiore a ventun anni, in virtù della costituzione dell'anno VIII (3), e ciò, senza dubbio, pel favore dovuto all'origine francese. Ma

(1) Rapporto di SIMÉON (LOCRÉ, t. I, p. 431, n. 3).
(2) Discorso pronunciato nella seduta del Corpo legislativo del 17 ventoso anno XI (LOCRÉ, t. I, p. 474, n. 6).
(3) DEMANTE, *Cours analytique de code civil*, t. I, p. 71.

le quistioni di diritto si risolvono col sentimento? È d'uopo mettere più logica nelle nostre deduzioni, se vogliamo conservare alla scienza del diritto il titolo di scienza razionale. L'argomento ricavato dalla costituzione dell'anno VIII non può scindersi: s'esso determina la maggiore età nel caso dell'art. 10, la determina pure nel caso dell'art. 9; che se lo si respinge quando si tratta d'uno straniero nato in Francia, bisogna respingerlo egualmente quando si tratta del figlio nato all'estero, perchè questi pure è straniero.

343. L'art. 10 dice che ogni figlio, nato *in paese straniero* da un francese che ha perduto la qualità di francese, potrà sempre ricuperare questa qualità. Si domanda se le parole *in paese straniero* sono una condizione prescritta dalla legge, nel senso che, se il figlio nascesse in Francia, sarebbe regolato dall'art. 9. Questa interpretazione sarebbe contraria all'intenzione del legislatore. Bisogna favorire il figlio nato da una famiglia francese; ecco perchè esso gli permette di ricuperare sempre la nazionalità degli avi. Perchè si subordinerebbe questo favore alla condizione che il figlio nasca all'estero? Perchè lo rifiuterebbe al figlio che nasce in Francia? Se ne cercherebbe invano la ragione. Il fatto che il figlio nasce in Francia non gli toglie nulla del favore dovuto alla sua origine; dunque questo fatto non può menomare il suo diritto. Ma, si dirà, se questo fatto è indifferente, perchè il legislatore lo menziona? perchè sembra che ne faccia una condizione? Si sono date tutte le interpretazioni possibili alle parole *in paese straniero* che si trovano nell'art. 10. La più semplice e la più vera è questa. Secondo il progetto primitivo, ogni individuo nato in Francia era francese. La disposizione dell'art. 10 aveva dunque da regolare la condizione di coloro che nascono in paese straniero, sia da un francese, sia da un padre che ha perduto la cittadinanza francese. Quando più tardi si cambiò il principio venne dimenticato di modificare la dicitura dell'art. 10. Le parole *in paese straniero* avrebbero dovuto essere cancellate nel secondo alinea, perchè, secondo il nuovo principio, il figlio di cui nell'art. 10, non era più francese, quantunque nato in Francia; esse non hanno più senso nè valore secondo le teoriche prevalse poi (1).

344. Poco importa il luogo in cui il figlio viene alla luce; non è nel luogo ove nasce ch'esso attinge il suo diritto, è nel sangue che gli hanno trasmesso i suoi antenati. Non deve dunque provare che è nato all'estero, ma che è nato da padre francese, il quale ha perduto la cittadinanza. Questo è il fondamento del diritto ch'egli reclama. Che deve dirsi se il padre è straniero e la madre francese d'origine? Il figlio può in que-

(1) MOURLON, *Répétitions sur le Code civil*, t. I, p. 95.

sto caso invocare la nazionalità originaria della madre per profittare del beneficio dell'art. 10? Vi ha ragione di dubitare. La donna francese che sposa uno straniero diviene straniera. Dunque il figlio che nasce dalla loro unione nasce da padre e madre stranieri. Non è questo il caso di applicare il principio tradizionale in virtù del quale il figlio segue la condizione del padre? Si concepisce ch'esso possa invocare la nazionalità della madre quando è diversa da quella del padre. Ma qui è la stessa (1). Nondimeno l'opinione generale è che il figlio può giovarsi dell'origine francese della madre, e questa opinione si giustifica collo spirito della legge. Egli è certo che questo figlio è legato alla Francia dalla famiglia di sua madre, nè si può opporgli il principio tradizionale, che il figlio segue di diritto la condizione del padre, perchè il codice non consacra questo principio. Esso contiene una disposizione di favore pel figlio che ha nelle vene sangue francese; che importa, dal punto di vista giuridico, che questo sangue venga dal padre o dalla madre?

345. I discendenti da francesi espatriati possono profittare del beneficio dell'art. 10, qualunque sia il loro grado di parentela? Secondo il testo e secondo lo spirito della legge, bisogna rispondere che l'art. 10 non s'applica che ai discendenti di primo grado. Il testo dice: « Il *figlio* nato da un *francese* che ha *perduto questa qualità* ». A rigore, la parola *figlio* potrebbe intendersi per discendenti; ma non si può dire dei discendenti che essi nascono da un *francese* che ha *perduto la qualità di francese;* essi nascono, al contrario, da uno straniero che non è mai stato in Francia. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Essa suppone che il desiderio di rientrare nella patria d'origine sussista nel figlio, il cui padre ha perduto la nazionalità. Questo desiderio si concepisce nel figlio di primo grado; quantunque nato all'estero, esso è ancora allevato in una famiglia francese; i primi suoni che colpiranno il suo orecchio saranno quasi sempre parole francesi; francese di lingua, esso lo sarà anche di genio. Ma dopo la seconda generazione questa influenza di razza si perde; se il padre conserva traccia della sua patria d'origine, la madre quasi sempre sarà straniera. Quindi il figlio non avrà più nulla della razza francese, e per conseguenza non merita più il favore singolare che l'art. 10 accorda al sangue francese (2).

346. Il figlio, che fa la dichiarazione prescritta dall'art. 10, diviene francese di pieno diritto, o deve ricevere delle patenti

---

(1) Questa è l'opinione di DEMANTE (t. I, p. 72) e di DEMOLOMBE (t. I, pagina 203, n. 167). Essa è sostenuta da una requisitoria dell'avvocato generale DE PAEPE, in materia d'estradizione, e consacrata implicitamente dalla Corte di Gand (*Pasicrisie*, 1865, 2, 15).

(2) Questa è l'opinione di DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, numero 141.

di naturalità, patenti che il governo potrebbe rifiutargli? Stando alle parole della legge, la quistione non può essere neppur sollevata. Non v'ha cenno alcuno di patenti di naturalità, nè d'un intervento qualsiasi del capo dello Stato. Ora, si tratta di condizioni richieste per l'esercizio d'un diritto. Il legislatore solo può stabilire queste condizioni; l'interprete non può toglierv nè aggiungervi nulla. Ciò risolve la quistione. Il testo dà un diritto assoluto al figlio, mentre le patenti di naturalità, se si esigessero, lo metterebbero in piena balìa del governo. Per questo modo verrebbe dunque ad essere alterata affatto la disposizione di favore che gli autori del codice han voluto consacrare. Tuttavia si è sostenuta l'opinione contraria, fondandosi su alcune parole pronunziate nel Consiglio di Stato (1). Parecchi membri del Consiglio manifestavano il timore che i figli degli emigrati profittassero dell'art. 10 per rientrare in Francia. Si rispose che il governo potrebbe sempre respingere la domanda di coloro la cui presenza gli sembrasse pericolosa. Qui si vede un esempio dell'abuso che si fa troppo spesso dei lavori preparatorii. È già pericoloso servirsene per ispiegare il senso della legge; che sarà poi se si invocano per fare la legge? Poichè prescrivere delle condizioni che il legislatore non ha stabilite è fare la legge, è usurpare il potere legislativo. È vano trincerarsi dietro il Consiglio di Stato; il legislatore non è il tale o il tale altro membro del Consiglio, ma il Corpo legislativo, e l'opera del Corpo legislativo si trova nel testo e non nella discussione. Il figlio che profitta dell'art. 10 non sollecita nulla, non si ha quindi nulla da rifiutargli. Questa non è una naturalizzazione propriamente detta. La naturalizzazione suppone una domanda ed una concessione; mentre il figlio di cui nell'art. 10, come quello di cui nell'art. 9, si limita a fare una dichiarazione di volontà; esso diviene francese per beneficio della legge, e non pel favore del governo (2). V'ha ancora un'altra differenza fra la condizione degli stranieri naturalizzati e quella dei figli che invocano gli articoli 9 e 10. La naturalizzazione non conferisce sempre la pienezza dei diritti politici; è così che, secondo la legislazione belga, vi sono degli stranieri naturalizzati, i quali non possono essere membri delle Camere legislative. Ci sembra fuori di dubbio che i figli di cui negli articoli 9 e 10 hanno questo diritto; essi acquistano la qualità di francesi a termini di legge; sono dunque assimilati ai francesi di nascita.

347. Vi ha tuttavia una differenza fra i naturali francesi e coloro che lo divengono per beneficio della legge. I primi lo sono fin dalla nascita, ed anche fino dal concepimento, se vi

(1) GUICHARD, *Traité des droits civils*, n. 72.

(2) Fu giudicato in questo senso, per i figli di cui nell'art. 9, con sentenza della Corte di cassazione del 29 aprile 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 174).

hanno interesse, mentre gli altri cambiano di nazionalità; essi divengono francesi, e lo divengono solamente per l'avvenire. La legge lo dice (art. 20) per i figli di cui nell'art. 10, in applicazione del principio che il mutamento di nazionalità non ha effetto che per l'avvenire. Lo stesso principio si applica al figlio di cui nell'art. 9 (1).

N. V. — Della donna straniera che sposa un francese.

348. La straniera che sposa un francese, dice l'art. 12, segue la condizione del marito. « Questa massima, ha detto l'oratore del governo, è fondata sulla natura stessa del matrimonio, che di due esseri ne fa uno, accordando la preminenza allo sposo sulla sposa » (2). Il motivo dato da Boulay è considerevole. Ne risulta che è il matrimonio che imprime la nazionalità del marito alla moglie, e siccome il matrimonio produce questi effetti per sua *natura*, vale a dire a ragione del legame intimo che stabilisce fra gli sposi, bisogna dire che la donna straniera cambia necessariamente di nazionalità sposando un francese. La legge non esige neppure una dichiarazione da parte sua; essa non ha da esprimere alcuna volontà, poichè non può averne altra che quella che la legge le suppone. Senza dubbio può non volere mutar di nazionalità; ma in questo caso non deve sposare un francese. Dal momento che essa sposa un francese non dipende più da lei il non essere francese, poichè la *natura* del matrimonio non dipende dalla sua volontà; essa non può volere che i due sposi non facciano un essere solo.

Questo principio però è controverso. Un giureconsulto distinto, Blondeau, sostiene che la legge non fa che presumere la volontà della donna straniera, che questa è libera di manifestare una volontà contraria, che può dunque conservare la sua nazionalità d'origine, se lo vuole (3). In teoria, noi preferiremmo questo sistema, o, meglio ancora, la teoria inglese, che lascia a ciascuno degli sposi la nazionalità che ha quando si marita. La moglie, secondo il codice, segue la condizione del marito; essa cambia dunque di nazionalità; ora, il cambiamento di nazionalità è, di sua natura, un fatto volontario, poichè implica nel tempo stesso la rinuncia ad un diritto e l'acquisto di un diritto nuovo. Ma ci sembra evidente che l'art. 12 deroga a questo principio. Quando la legge vuole che la volontà inter-

---

(1) Vedi retro, n. 339.

(2) Esposizione dei motivi fatta nella seduta dell'11 frimaio anno X, da Boulay (Locré, t. I, p. 425, n. 14).

(3) Blondeau, Dissertazione inserita nella *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I.

venga nel cambiamento di nazionalità, lo dice espressamente. La legge lo dice nei casi degli articoli 9 e 10; lo dice ancora della vedova (art. 10, 2.° alinea); lo dice dei francesi che han perduto la cittadinanza francese e che vogliono riacquistarla. Per la donna che si marita, la legge non domanda alcuna dichiarazione d'intenzione, per la ragione che dà l'oratore del governo, cioè che essa non può avere un'intenzione contraria.

349. Bisogna concludere da ciò che il principio del codice è che sempre e in ogni ipotesi la moglie deve avere la nazionalità del marito? Il codice non formola il principio in modo così assoluto; esso dice solamente che la donna cambia di nazionalità quando si marita. Ma il matrimonio implica il consenso; la volontà della donna interviene dunque nella rinuncia ch'ella fa alla sua patria. In questo senso il cambiamento di nazionalità è volontario. Ne viene da ciò una conseguenza importante pel caso che il marito cambi di nazionalità durante il matrimonio. Una donna belga sposa un belga. Durante il matrimonio il marito diviene francese; sua moglie diverrà essa pure francese? Se il marito cambia di nazionalità per un fatto volontario, noi crediamo che la moglie conserverà la sua nazionalità. Per massima occorre il consenso per acquistare una nuova patria come per perdere la patria antica. Sarebbe necessario un testo di legge per derogare ad una regola che è fondata sulla natura delle cose. Ora, tutto ciò che la legge dice è che la donna, maritandosi, segue la condizione del marito, e dipende da lei il non maritarsi. Maritandosi essa conserva o acquista una nazionalità. Questo è un diritto per lei; e in virtù di qual principio il marito spoglierebbe la moglie di un diritto che le appartiene? Supponiamo che il marito si faccia naturalizzare; la naturalizzazione non giova che a colui il quale la ottiene; è un favore essenzialmente personale. In applicazione di questo principio, la legge belga sulla naturalizzazione ha deciso che la naturalizzazione del padre non cambia la condizione dei figli. A maggior ragione deve dirsi così della moglie.

Per la stessa ragione bisogna dire che la donna straniera che sposa un francese rimane francese, quantunque suo marito cambi di patria durante il matrimonio. Vi ha però ragione di dubitare. La straniera è divenuta francese perchè suo marito è francese: se il marito rinuncia alla sua nazionalità, non è il caso di dire che, cessando la causa, deve cessare l'effetto? No; perchè la causa ha conferito un diritto alla donna; questo diritto essa l'ha acquistato acconsentendo al matrimonio, e quindi per sua volontà; esso non può esserle tolto da una volontà estranea. Ciò che prova, che l'adagio della causa e dell'effetto non riceve applicazione in questa materia, è che la donna straniera divenuta francese pel suo matrimonio resta francese anche quando diviene vedova, sebbene allora la causa che l'ha fatta cambiare di nazionalità cessi in modo assoluto.

Gli autori sono divisi su questa quistione (1). Noi crediamo inutile di entrare in questa controversia, perchè i principii sono certi, e non bisogna discutere pel solo piacere di discutere. Aggiungiamo che la donna che cambia di nazionalità maritandosi non diviene francese che dal giorno del suo matrimonio. La legge non lo dice, ma non aveva bisogno di dirlo. Questa non è che un'applicazione del principio generale che il cambiamento di nazionalità non ha effetto retroattivo. Il codice applica il principio nell'art. 20, ed esso deve essere applicato a tutti i casi.

N. VI. — Della naturalizzazione.

350. Gli stranieri possono acquistare la cittadinanza francese mediante la naturalizzazione. Se il codice non ne parla, gli è perchè questa materia è regolata da leggi speciali. Nel Belgio vi è una legge del 22 settembre 1835; noi l'analizzeremo rapidamente, non essendo nostro còmpito di entrare nei dettagli. Vi sono due specie di naturalizzazione, la grande naturalizzazione, e la naturalizzazione ordinaria. L'una e l'altra sono accordate dal potere legislativo. È la costituzione che ha disposto così (art. 5). Il Congresso ha pensato che la nazione soltanto poteva, per l'organo dei suoi mandatarii, associarsi degli stranieri; esso ha voluto che questo beneficio non fosse profuso, e soprattutto che non fosse accordato a seconda del capriccio d'un principe a favoriti che ne fossero indegni.

351. La grande naturalizzazione non è accordata che a colui il quale ha reso servigi eminenti allo Stato. Quali sono questi servigi? La legge non ha voluto precisarli, affine di lasciare piena libertà d'apprezzamento al potere legislativo. Quanto alla naturalizzazione ordinaria, essa non è accordata che a coloro che han compiuto il ventunesimo anno, e che han risieduto nel Belgio per cinque anni. Fissando l'età di ventun anni, il legislatore si è scostato dallo statuto personale dello straniero. Ciò semplifica l'istruzione delle domande di naturalizzazione, ma non è giuridico. Ne risulta, infatti, che uno straniero all'età di ventun anni può rinunciare alla sua patria, mentre non ha la capacità legale a disporre di checchessia.

La grande naturalizzazione soltanto assimila lo straniero al belga. Vi sono dei diritti politici di cui non godono coloro che hanno ottenuto una naturalizzazione ordinaria; essi non sono eleggibili al Senato ed alla Camera dei rappresentanti; non sono elettori, non possono essere ministri. Qui si vede la ragione della divisione della naturalizzazione in *grande* ed *ordi-*

---

(1) Vedi le fonti in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 116.

naria. È un sentimento di dignità nazionale, forse si dovrebbe dire di gelosia, che l'ha dettata. Gelosia, del resto, rispettabile; non bisogna che le nazioni confidino i loro destini a mani straniere; è dunque giusto che escludano gli stranieri dalle più alte funzioni politiche. Ma esse non debbono neppure isolarsi allontanando gli stranieri dal loro seno; è bene dunque che vi sia una naturalizzazione ordinaria che permetta agli stranieri di stabilirsi nel Belgio, godendovi dei diritti civili e della maggior parte dei diritti politici.

352. La naturalizzazione è un favore personale. Essa non giova di pieno diritto ai figli nati al momento in cui è accordata al padre. È questa l'applicazione del principio che il padre non può disporre della nazionalità dei figli. Ma la legge permette ai figli minori di profittare della naturalizzazione del padre col dichiarare semplicemente la loro intenzione entro l'anno dall'età maggiore. Quanto ai figli maggiori, bisogna che chiedano la naturalizzazione al potere legislativo e potranno ottenerla per i servigi eminenti resi al Belgio dal loro padre. È sottinteso che i figli che nascono dopo la naturalizzazione seguono la condizione del padre. Se il padre non ha ottenuto che la naturalizzazione ordinaria, i figli non avranno che i diritti annessi alla medesima (1); ma sarà loro facile di acquistare la cittadinanza belga, se sono nati nel Belgio, adempiendo le formalità prescritte dall'art. 9 del codice civile.

353. La naturalizzazione è una legge; essa esige dunque il concorso delle due Camere e la sanzione del re. Ma la naturalizzazione differisce dalle leggi ordinarie in ciò, che queste esistono solo perchè sono sanzionate, mentre la naturalizzazione deve essere accettata da colui cui è stata accordata, e non è che dopo questa accettazione che essa è inserta nel Bollettino. La naturalizzazione impone degli obblighi allo straniero; esso è sottoposto agli oneri dei cittadini belgi, e quindi il legislatore doveva esigere una dichiarazione espressa di volontà.

N. VII. — Riunione d'un territorio alla Francia.

354. Un territorio può essere riunito alla Francia da un trattato di pace, conseguenza di una conquista, o da un'annessione volontaria. Quale sarà l'effetto di questa riunione sulla nazionalità di coloro che abitano il territorio riunito? La medesima

---

(1) La Corte di cassazione del Belgio ha deciso, con sentenza del 29 luglio 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 100), che i figli nati da uno straniero, che ha ottenuto la naturalizzazione ordinaria dal re dei Paesi Bassi, nascono belgi. La ragione della sentenza sta in ciò che questi figli nascono da un padre belga. No, il padre non ha la pienezza della cittadinanza belga; quindi come l'avrebbero i figli?

quistione si presenta quando un territorio appartenente alla Francia è ceduto in virtù di trattati. Per meglio dire, è una sola e medesima quistione, poichè il fatto che procura l'acquisto d'un territorio ad uno Stato reca una perdita all'altro. Può darsi anche che, in conseguenza di una rivoluzione, uno Stato sia smembrato e ne formi parecchi, e che molti piccoli Stati si riuniscano per formare una grande nazione: è così che il Belgio e l'Italia si sono costituiti. Quale è l'influenza di questa separazione o di questa riunione sulla nazionalità degli abitanti delle provincie separate od unite?

Queste diverse ipotesi sono regolate da un solo e medesimo principio: quando un territorio cambia di governo, gli indigeni di questo territorio cambiano anche di nazionalità. Il codice non pone questo principio, ma lo troviamo in Pothier, e ciò che Pothier dice è fondato sulla natura delle cose. « È certo, egli dice, che allorquando una provincia è riunita alla corona, i suoi *abitanti* debbono essere riguardati come francesi naturali, vi sieno nati prima o dopo la riunione ». Con la parola *abitanti* Pothier non intende tutti quelli che *abitano* il territorio riunito, ma quelli che sono cittadini, o, come si diceva un tempo, i *naturali* del paese. Infatti Pothier soggiunge: « Si deve pur ritenere che gli *stranieri* che fossero stabiliti in queste provincie e vi avessero ottenuto, secondo le leggi in vigore, i diritti di *cittadino*, dovrebbero, dopo la riunione, essere considerati come cittadini, al pari degli *abitanti originarii* di queste provincie, o almeno come stranieri naturalizzati in Francia ». Gli stranieri che abitano il territorio riunito non mutano dunque di nazionalità, a meno che non sieno naturalizzati, vale a dire assimilati ai *naturali*, ciò che conferma la nostra dottrina.

Pothier continua, ed applica il suo principio al caso in cui una provincia sia staccata dalla corona: « Allorquando un paese conquistato vien ceduto mediante un trattato di pace, gli *abitanti* cambiano di governo. Di *cittadini* che erano per la *loro nascita* al momento della conquista, o dopo la conquista, se nati prima della riunione, sino al giorno dello smembramento della provincia, essi divengono stranieri » (1). Lo smembramento, del pari che la riunione, non ha dunque effetto che sui *cittadini*, vale a dire su coloro che erano *naturali* del territorio, sia all'epoca della riunione, sia dopo la loro riunione per effetto della loro nascita (2).

355. I principii sono benissimo posti da Pothier, ma l'applicazione non è senza difficoltà. Bisogna anzitutto distinguere se è tutto un paese che è riunito in seguito ad un trattato di pace

(1) POTHIER, *Traité des personnes*, parte I, tit. II, sez. 1.

(2) Così fu deciso da una sentenza della Corte di Bruxelles del 30 maggio 1831 (*Jurisprudence du XIX siècle*, 1831, 3, p. 126).

o ad un'annessione, o se uno Stato è smembrato in conseguenza d'una rivoluzione. Per dare maggiore precisione alle quistioni che si presentano, prendiamo un esempio. Il Belgio è stato riunito alla Francia sotto la repubblica, poi è stato distaccato dalla Francia per i trattati del 1814. Quali sono gli abitanti del Belgio che son divenuti francesi per la riunione? Bisogna rispondere con Pothier: prima di tutto coloro che erano naturali belgi all'epoca della riunione, poi i loro figli nati dopo la riunione. Sono assimilati ai naturali gli stranieri naturalizzati; ma gli stranieri semplicemente residenti o domiciliati sono sempre stranieri; essi restano, sotto la dominazione nuova, ciò che erano, conservando la loro nazionalità d'origine.

Sin qui non v'ha alcun dubbio. Quale è l'effetto della separazione sulla nazionalità di coloro che appartengono alle provincie cedute? Noi non diciamo di coloro che *abitano* i dipartimenti prima riuniti ed ora separati; poichè la separazione, del pari che la riunione, non agisce che su i *naturali*. Ma quali sono i *naturali*? Sono coloro che avevano acquistata la cittadinanza francese in conseguenza della riunione; essi la perdono in conseguenza della separazione. Secondo questo principio, è facile determinare quali sono gli abitanti delle provincie belghe che hanno conservato la nazionalità francese, quali sono quelli che l'hanno perduta.

Durante la riunione alcuni naturali francesi si sono stabiliti in un dipartimento facente parte delle antiche provincie belghe. Dopo la separazione essi han continuato ad abitare il nuovo regno dei Paesi Bassi. Hanno essi perduto la nazionalità francese? Son divenuti belgi? No, evidentemente. Essi erano francesi d'origine all'epoca della separazione, dunque stranieri al Belgio, come gl'inglesi o i tedeschi che vi risiedevano; ora la cessione e l'annessione non colpiscono gli stranieri. Poco importa che questi francesi abbiano continuato a risiedere nei Paesi Bassi: la residenza all'estero non fa perdere la nazionalità francese e non fa acquistare la nazionalità belga. La Corte di Bruxelles ha deciso così replicatamente. È stato giudicato che un francese domiciliato nel Belgio da più di venti anni, che vi si è maritato con una belga, che è rimasto domiciliato nei Paesi Bassi dopo la separazione, non è divenuto belga (1), o, se ha conservato l'intenzione di ritornare in patria, non ha perduto la nazionalità francese.

È lo stesso dei figli nati da genitori francesi nel Belgio. Il figlio gode la nazionalità del padre; se il padre è francese, lo è anche il figlio. Quindi la cessione non ha influenza sui figli più che sui genitori. Che importa che i figli sieno nati nel Bel-

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione di Bruxelles del 3 gennaio 1822 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 123). Vedi, *ibid.*, altre sentenze nel medesimo senso.

gio? Non è la nascita sul suolo belga che conferisce la cittadinanza belga, è la nascita da padre belga. Ora, la cessione non cambia che la nazionalità dei naturali belgi; essa non può dunque avere alcuna influenza sui naturali stranieri. La giurisprudenza delle Corti di Francia è costante su questo punto (1).

356. Queste decisioni non sono dubbie sotto il punto di vista del diritto civile, ma vi sono state apportate alcune derogazioni da leggi politiche. Noi dobbiamo menzionarle, perchè esse hanno modificato lo stato di molti francesi abitanti nel Belgio. La legge fondamentale del regno dei Paesi Bassi ha adottato sulla nazionalità il principio che era già universalmente ammesso; essa ammette che la nascita sul suolo belga conferisce la cittadinanza belga ai figli nati da uno straniero, del pari che ai figli nati da un indigeno. In applicazione di questo principio l'art. 8 dichiara ammissibili alle più alte funzioni coloro che sono nati nel regno da genitori ivi domiciliati, e che abitano i Paesi Bassi. Dire che questi individui possono essere membri degli stati generali è dire che essi godono della cittadinanza belga in tutta la sua pienezza. La legge fondamentale, concepita in termini assoluti, è applicabile al passato come all'avvenire. Ne risulta che i figli nati nel Belgio da genitori francesi, che vi erano domiciliati (2), son divenuti belgi, poco importa che fossero nati prima della separazione delle provincie belghe o dopo. È questa una grave derogazione al codice civile. Infatti questi figli son divenuti belgi di pieno diritto, senza essere tenuti a fare alcuna dichiarazione, alcuna manifestazione di volontà,

Tale è l'interpretazione che la Corte di cassazione del Belgio ha dato all'art. 8 in molte sentenze, e segnatamente in una sentenza del 22 novembre 1839, pronunciata sulle conclusioni conformi e fortemente motivate del procuratore generale Leclercq (3). Noi siamo lungi dall'approvare il principio della legge fondamentale; esso è in opposizione con la massima costante, che il cambiamento di nazionalità non può effettuarsi che con una manifestazione di volontà. Guardate le singolari conseguenze alle quali si va incontro col sistema dell'art. 8! Secondo il codice civile, i figli nati nel Belgio da genitori francesi sono francesi, e l'articolo 8 della legge fondamentale li dichiara belgi. Questo articolo non ha potuto togliere loro la nazionalità francese: essi hanno dunque due patrie, sono francesi in Francia, belgi nel Belgio. Era facile evitare quest'anomalia esigendo dai francesi nati nel Belgio la dichiarazione della loro volontà.

---

(1) Vedi le sentenze delle Corti di Douai (28 marzo 1831), di Colmar (26 dicembre 1829) e di Parigi (4 febbraio 1840) in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 598).

(2) Il *domicilio* dei genitori è una condizione richiesta perchè i figli possano invocare il beneficio dell'art. 8 (sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 3 agosto 1855, nella *Pasicrisie*, 1855, 1, 371).

(3) *Jurisprudence des Cours de Belgique*, 1840, parte I, p. 186-200.

357. È quello che ha fatto la costituzione belga per un'altra categoria di stranieri. La legge fondamentale non s'applica che ai figli nati nel Belgio da genitori che vi sono domiciliati; gl'individui nati all'estero, quantunque domiciliati nei Paesi Bassi, non potrebbero invocare il beneficio dell'art. 8. A termini dell'art. 10, il re aveva il diritto d'accordare la naturalizzazione a questi stranieri; ma la legge non gli accordava questo potere che per un anno. Pochi stranieri profittarono di questa disposizione, quantunque vi fossero molti francesi che, durante la riunione del Belgio alla Francia, erano venuti a stabilirsi nel Belgio. La maggior parte avevano abbandonato l'intenzione di ritornare in patria; essi non erano dunque più francesi, e non erano belgi. Ma questa lunga comunanza di esistenza, d'interessi, di sentimenti, gli aveva in certo modo naturalizzati di fatto. Gli autori della nostra costituzione statuirono, per conseguenza (articolo 133), che gli stranieri stabiliti nel Belgio avanti il 1.° gennaio 1814, e che avevano continuato a tenervi il loro domicilio, sarebbero considerati come belgi di nascita, a condizione di dichiarare la loro intenzione di godere di questo beneficio. Questa dichiarazione doveva farsi nel termine di sei mesi dalla pubblicazione della costituzione.

Vi furono degli stranieri che non profittarono del beneficio dell'art. 133; quindi non potevano più ottenere la cittadinanza belga che mediante la naturalizzazione, vale a dire rendendo dei servigi eminenti allo Stato. La legge belga sulla naturalizzazione del 27 settembre 1835 (art. 16), considerando che circostanze indipendenti dalla loro volontà avevano potuto impedire agli stranieri di fare la dichiarazione prescritta dall'art. 133 nel termine fatale, permise loro di chiedere la grande naturalizzazione anche dopo trascorso quel termine, e senza essere sottoposti alle condizioni ordinarie.

358. La rivoluzione del 1830 separò il Belgio dal regno dei Paesi Bassi. Quale doveva essere l'influenza di questa separazione sulla nazionalità degli abitanti? Forse che tutti coloro che erano domiciliati nel Belgio, o che vi erano nati, dovevano essere considerati come belgi? Bisogna applicare il principio di Pothier: sono belgi tutti i naturali del Belgio. E debbonsi reputare naturali non solamente coloro che sono nati da parenti belgi, ma anche coloro che sono nati nel Belgio da genitori stranieri che vi erano domiciliati; questi ultimi sono belgi in virtù della legge fondamentale. Già s'intende che questa legge ha perduto la sua forza obbligatoria in conseguenza della rivoluzione; l'art. 137 della nostra costituzione l'ha formalmente abrogata. Quindi gli stranieri nati nel Belgio son ricaduti sotto l'impero dell'art. 9 del codice civile; essi non divengono belgi che in virtù di una dichiarazione fatta entro l'anno dalla maggiore età.

Sono assimilati ai naturali belgi coloro che avevano ottenuto la naturalizzazione. La legge fondamentale (art. 10) conferisce per

un anno al re il diritto d'accordare la naturalizzazione agli stranieri domiciliati nel regno. In via di fatto, il re accordava patenti di naturalizzazione dopo questo termine apparentemente fatale. Quale è il valore di questi atti? conferiscono essi la cittadinanza belga in tutta la sua pienezza? o quali diritti danno ai naturalizzati? Il legislatore non doveva preoccuparsi di questa quistione che è di competenza dei tribunali; noi non la tratteremo, perchè appartiene al diritto pubblico piuttosto che al diritto civile. Supponendo che questi atti di naturalizzazione sieno legali, quale è l'effetto relativamente alla nazionalità? I naturalizzati son divenuti cittadini del regno dei Paesi Bassi. Ma dopo la dissoluzione del regno del 1830 essi erano belgi od olandesi? In diritto si potrebbe sostenere che essi avevano la scelta. La legge del 22 settembre 1835 (art. 15) ha risoluto la quistione dichiarando belgi coloro che erano domiciliati nel Belgio al 1.° dicembre 1830, e che dopo d'allora vi han conservato il loro domicilio. Quali sono i diritti di questi stranieri naturalizzati? L'art. 15 lascia la quistione indecisa; esso si limita a dire che godranno dei diritti che l'atto di naturalizzazione ha loro conferiti. In caso di contestazione, i tribunali decideranno (1).

359. L'applicazione dei principii sul cambiamento di nazionalità in conseguenza di cessione soffre maggiori difficoltà quando sono alcune provincie od alcuni comuni che vengono ceduti. In virtù del trattato del 14 aprile 1833, le provincie di Lussemburgo e Limburgo furono smembrate; una parte rimase al Belgio, un'altra fu assegnata al re dei Paesi Bassi. Quale doveva essere l'influenza della cessione sulla nazionalità dei Lussemburghesi e dei Limburghesi ceduti? I territorii erano ceduti, i *naturali* di questi territorii perdevano la loro qualità di belgi: ciò è evidente. Ma quali sono i *naturali* lussemburghesi e limburghesi? Non vi ha dubbio per coloro che sono nati nel Lussemburgo e nel Limburgo ceduti da genitori lussemburghesi o limburghesi. Noi diciamo *nati*. Basta infatti che essi vi siano *nati*, poco importando che vi siano domiciliati o che risiedano nel Belgio. La qualità di lussemburghese, o di limburghese è determinata dalla nascita, dall'origine, e non dal domicilio.

Sin qui l'analogia fra la qualità di *naturale* di *una provincia* e la qualità di *naturale di un paese* è completa. Ma bisogna spingerla fino all'estremo? Coloro che sono nati nel Lussemburgo ceduto da genitori appartenenti ad una provincia belga

---

(1) La Corte di cassazione del Belgio ha deciso, con sentenza del 29 luglio 1861, che le patenti di naturalizzazione concesse dal re dei Paesi Bassi non davano la gran naturalizzazione; che lo straniero naturalizzato diveniva belga, ma non poteva esercitare i diritti che l'art. 8 della legge fondamentale riservava agli indigeni (*Pasicrisie*, 1862, 1, 100).

sono lussemburghesi? E coloro che nascono nel Belgio da genitori lussemburghesi? Se si seguisse l'analogia, bisognerebbe rispondere che gli ultimi nascono lussemburghesi e che i primi nascono belgi. Tale è infatti la qualità dei genitori, e i figli seguono la loro condizione. Ma noi non crediamo che si possa applicare il principio di nazionalità agli abitanti delle diverse provincie di un solo e medesimo paese. Tutti sono belgi, se i genitori sono belgi. Perchè sono essi lussemburghesi, namuresi, liegesi? Pel fatto della loro nascita nelle provincie di Lessumburgo, di Namur, di Liegi, ecc. La nazionalità è fuori di quistione: quindi è la nascita nella tale provincia che dà la qualità di abitante di questa provincia, del pari che la nascita nel tal comune che dà la qualità di abitante di questo comune. Bisogna dunque rispondere che coloro che son nati nelle provincie cedute da genitori belgi sono lussemburghesi o limburghesi, perchè in forza della cessione han perduto la qualità di belgi. Per contrario, coloro che son nati in una provincia belga da genitori lussemburghesi o limburghesi non sono nè lussemburghesi nè limburghesi; dunque non perdono la qualità di belgi pel trattato del 1839. In appoggio di questa opinione citeremo le parole pronunziate dal ministro dell'interno nella discussione della legge del 4 giugno 1839. Questa legge permette ai lussemburghesi ed ai limburghesi ceduti di conservare la cittadinanza belga dichiarando la loro intenzione entro i quattro anni dalla ratifica del trattato. Chi deve fare questa dichiarazione? Il ministro risponde: « Ogni individuo godente della cittadinanza belga che è *nato* in una delle parti cedute del Lussemburgo o del Limburgo, sia che non vi abiti, sia che vi abiti ancora » (1). Già s'intende che coloro i quali sono nati in una provincia belga, e che abitavano il Lussemburgo od il Limburgo ceduti nel 1839, son rimasti belgi. Ciò risulta evidentemente dai principii che abbiamo posti, ed è stato riconosciuto formalmente dal ministro dell'interno.

360. Il trattato di Parigi del 30 novembre 1815 distaccò dalla Francia alcuni comuni per riunirli al regno dei Paesi Bassi. Quali sono i *naturali* di questi comuni che perdettero la cittadinanza francese e che divennero belgi? Bisogna applicare i principii che abbiamo posti sulla cessione di una provincia. Il caso è identico. Ne risulta che i francesi nati in questi comuni han perduto la loro nazionalità, poco importa che essi vi fossero domiciliati o meno. Per contrario, i francesi che abitavano questi comuni, ma che non vi erano nati, han conservato la loro nazionalità. Nel fatto vi furono dei francesi stabiliti in questi comuni che continuarono a risiedervi sotto il regno dei Paesi Bassi: essi restarono francesi a meno che non avessero

(1) *Moniteur belge* dell'11 maggio 1839.

abbandonato l'idea di ritornare in patria, ed anche in questo caso non sarebbero divenuti belgi. Essi avrebbero potuto profittare del beneficio dell'art. 133 della nostra costituzione; ma non avendolo fatto, la maggior parte rimasero senza patria. La legge del 27 settembre 1835 (art. 14) è venuta in loro aiuto: essa dispone che saranno reputati belgi, a condizione di fare, nel termine di un anno, la dichiarazione prescritta dall'art. 10 del codice civile.

361. La cessione di un territorio priva della loro nazionalità coloro i quali, nati in questo territorio, restano stabiliti nello Stato che ha fatto la cessione? Dopo i trattati del 1814, che cedettero le provincie belghe al regno dei Paesi Bassi, molti belgi rimasero in Francia, ove si erano stabiliti, ove si erano maritati, ove occupavano anche delle funzioni. Perdettero essi la cittadinanza francese? Nell'antico diritto la quistione si risolveva negativamente. Anche Pothier dice che i naturali delle provincie cedute conservarono la loro qualità di francesi, *venendosi a stabilire* in una provincia della dominazione francese. « In quel modo, egli dice, ch'essi non perderebbero la qualità di cittadini, che era loro acquisita, continuando a dimorare nella provincia smembrata, se non per essere passati sotto ad una dominazione straniera e aver riconosciuto un altro sovrano, ne segue che, se restano sempre sotto la medesima dominazione, se riconoscono il medesimo sovrano, continuano a essere cittadini » (1). Questa opinione ha trovato favore presso i giureconsulti francesi. Valette l'adottò fondandosi presso a poco sui motivi dati da Pothier. Perchè, egli dice, gli abitanti dei territorii ceduti cambiano di nazionalità? Perchè essi sono *congiunti ad un suolo* che passa sotto una dominazione straniera, e perchè *riconoscono un altro sovrano* (2).

Noi non possiamo ammettere il principio come lo formola Pothier. Egli suppone che il cambiamento di nazionalità è una conseguenza del riconoscimento volontario che gli abitanti dei territorii ceduti fanno del nuovo sovrano sotto la dominazione del quale essi passano. Senza dubbio, dovrebbe essere così; si dovrebbe lasciare ai popoli la facoltà di decidere della loro sorte. Ma occorre dire che tale non è il nostro diritto delle genti? I vinti subiscono la legge dei vincitori; i paesi conquistati sono posti dal conquistatore sotto una nuova dominazione, senza che esso investighi la volontà delle popolazioni. Che i naturali dei territorii ceduti lo vogliano o no, essi divengono sudditi del sovrano che la conquista impone loro. Dunque il cambiamento di nazionalità si opera colla forza; è un caso di forza maggiore che colpisce le persone nello stesso tempo che il territorio. Quindi ogni volontà contraria è ineffi-

(1) POTHIER, *Traité des personnes*, parte I, n. 11, sez. I.
(2) VALETTE in Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 120.

cace. Supponiamo che gli abitanti ceduti possano conservare mercè la sola loro volontà l'antica nazionalità; ne risulterebbe che avrebbero due patrie, poichè è certo che essi possono, se lo vogliono, essere sudditi della nuova patria che la sorte delle armi ha loro dato. Avendo la scelta fra le due patrie, non bisogna esigere da essi una dichiarazione formale per mettere fine a questa incertezza che regna sulla loro condizione? I principii lo dicono, e tale è anche la disposizione delle leggi che d'ordinario sono emanate in queste tristi circostanze.

Tale è la legge francese del 14 ottobre 1814, che dà agli abitanti dei paesi distaccati dalla Francia il diritto di conservare la cittadinanza francese, sotto condizione di dichiarare la loro volontà, e di ottenere dal governo patenti dichiarative di naturalità. Questa legge sta contro il principio posto da Pothier ed approvato da Valette; essa conferma, al contrario, il principio da noi formolato. I belgi hanno perduta la cittadinanza francese che avevano acquistata mercè la riunione, non bastando la loro volontà per conservarla. È stata necessaria una legge per dar loro questo diritto. Invano si accusa questa legge di severità, di durezza (1): è, al contrario, una di quelle leggi di favore che temperano il rigore dei principii, che diminuiscono le sofferenze, conseguenze inevitabili degli smembramenti politici, facendo la debita ragione agli interessi ed ai sentimenti feriti. Così pure invano lamentasi che questi cangiamenti di nazionalità imposti dalla forza gettano il turbamento nelle relazioni civili. Bisogna rivolgere questi lamenti ai conquistatori. Il giureconsulto può protestare contro la violenza, ma benchè protesti, deve subirla. Noi non dimanderemmo di meglio che di potere opporre principii giuridici all'opera della forza, ma cerchiamo questi principii e non li troviamo. È forse un principio la massima, immaginata da un autore francese, che la cessione agisce solamente sul territorio e sulle *masse*, e non sugli individui personalmente? (2). La scienza del diritto non s'appaga di parole. Che cosa sono le *masse*? Non si compongono forse esse d'individui? (3).

Anche nel Belgio abbiamo di queste leggi di riparazione. La rivoluzione del 1830 ha smembrato il regno dei Paesi Bassi e ne ha fatto due Stati distinti. I naturali delle provincie settentrionali stabiliti nel Belgio sono divenuti belgi per loro volontà, per loro adesione alla rivoluzione? No; la loro condizione era però più favorevole che quella delle popolazioni cedute in conseguenza di una guerra. Essi erano cittadini del regno dei

---

(1) VALETTE in Proudhon, t. I, p. 130 e seg. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 223, n. 178.

(2) DEMOLOMBE, t. I, p. 224, 225.

(3) La quistione è stata decisa secondo la nostra opinione dalla Corte di cassazione del Belgio (Sentenza del 26 ottobre 1862, nella *Pasicrisie*, 1863, I, 112).

Paesi Bassi, non olandesi nè belgi, poichè non vi erano, dal 1814 al 1830, nè belgi, nè olandesi. Non potevano essi dire, dopo la rivoluzione, che intendevano essere belgi? No, perchè le rivoluzioni, come le conquiste, sono fatti di forza maggiore che non tengono alcun conto della volontà umana. Gli olandesi non potevano divenire belgi, nè di pieno diritto, nè per loro volontà, poichè erano naturali delle provincie settentrionali. Occorse una legge per accordare loro la cittadinanza belga. A termini dell'art. 1 della legge del 22 settembre 1835, gli abitanti delle provincie settentrionali dell'antico regno dei Paesi Bassi, che erano domiciliati o che son venuti a dimorare nel Belgio prima del 7 febbraio 1831 (1), e che dopo d'allora han continuato a risiedervi, son considerati come belgi di nascita. Questa legge è una nuova conferma dei nostri principii. Solamente sarebbe stato più giuridico di esigere una dichiarazione espressa di volontà, in luogo di contentarsi della volontà tacita, sempre dubbia.

362. Che devesi dire dei figli di coloro che cambiano patria in conseguenza di una cessione di territorio? Durante la riunione del Belgio alla Francia sono nati dei figli, nei dipartimenti francesi, da genitori belgi. Viene la separazione delle provincie riunite: questi figli hanno cambiato di nazionalità con i loro genitori? Una tale quistione ha dato luogo a vive controversie e a sentenze contradditorie. Si supponga che i figli di cui si tratta restino in Francia, ove sono nati; questa è l'ipotesi la più favorevole. Una sentenza della Corte di Douai ha deciso che essi conservano la cittadinanza francese; nati francesi, non avendo mai cessato di abitare la Francia, e non avendo fatto alcun atto il quale, a termini delle leggi, avrebbe potuto privarli della loro nazionalità, non si vede perchè dovrebbero perderla. « Essi non potrebbero perderla, dice la Corte, se non pel fatto del padre che cambia patria; ora, è di massima che il padre non può disporre della nazionalità dei figli; il suo fatto o il suo fallo non ha alcun effetto a loro riguardo » (2). Questo ci sembra un cattivissimo ragionamento. La Corte suppone che occorra il concorso della volontà di coloro che mutano nazionalità in conseguenza di una cessione di territorio: ora, come noi abbiamo detto, è questo uno di quei fatti di forza maggiore che escludono ogni consenso. Non è il padre che, per suo fatto o per suo fallo, priva i figli della loro nazionalità; è la cessione del territorio. Bisogna dunque vedere quale è l'effetto che la cessione deve produrre sui figli di coloro che cambiano forzatamente di patria. Tale è la vera difficoltà, e la Corte di Douai non la tocca menomamente.

---

(1) Questa data è quella della pubblicazione della costituzione belga.
(2) Sentenza del 28 marzo 1831 (DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Droits civils*, n. 594).

La Corte di cassazione si è pronunciata per l'opinione contraria. Bisogna partire da questo principio, essa dice, che le cose si dissolvono per le medesime cause che le hanno formate. I belgi son divenuti francesi per la riunione del Belgio alla Francia, in seguito ad avvenimenti militari; del pari, per la separazione del Belgio dalla Francia, in seguito ad avvenimenti militari contrari, i belgi, divenuti temporaneamente francesi, sono ridivenuti belgi. Essi hanno dunque perduta la nazionalità francese nello stesso modo che l'avevano acquistata. Lo stesso deve dirsi dei figli: essi hanno seguito la condizione del padre al tempo della riunione, debbono quindi seguirla al tempo della separazione (1).

La giurisprudenza della Corte di cassazione è fondata sui veri principî, checchè ne dicano gli autori. Questi insegnano che anche i belgi di nascita, divenuti francesi per la riunione, conservano la nazionalità francese, se restano stabiliti in Francia; a maggior ragione deve valere questo principio quando si tratta dei figli (2). Vi ha, infatti, fra i padri e i figli, questa differenza che sembra militare in favore dei figli, cioè che questi nascono francesi, mentre i padri lo sono divenuti mediante la riunione. Ora, si potrebbe dire, la separazione non deve far perdere la cittadinanza francese che a coloro i quali l'avevano acquistata per la riunione; dunque è estranea ai figli. Qui è il vizio del ragionamento. Anche i figli hanno acquistata la nazionalità francese per effetto della riunione. Infatti, perchè sono essi francesi? Perchè sono nati da un padre divenuto francese mercè la riunione. Quindi la separazione deve colpire i figli del pari che i padri. Vi ha un principio evidente che lo prova. La cessione colpisce i naturali del territorio ceduto. E chi sono i naturali? Tutti coloro che sarebbero stati belgi, se non vi fosse stata riunione. I figli nati da genitori belgi sarebbero stati di certo belgi; essi sono dunque compresi fra i naturali belgi che cambiano di patria in conseguenza della cessione (3).

363. Si supponga che il padre belga sia morto durante la riunione. Il figlio, nato in Francia, diverrà belga per effetto della separazione? Si rimane sorpresi di vedere la quistione controversa nel caso della morte del padre. Se il cambiamento di nazionalità del padre fosse la causa per la quale il figlio cambia di nazionalità, si concepirebbe che, cessando la causa, dovesse cessare anche l'effetto. Ma non è così. La separazione colpisce direttamente i figli come naturali belgi; ed essi sono naturali belgi perchè son nati da padre belga. Che importa

(1) Vi sono molte sentenze della Corte di cassazione in questo senso (Vedi Dalloz, *Répertoire*, t. XVIII, p. 185-187).

(2) Valette in Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 129.

(3) Fu giudicato in questo senso con sentenza del 19 gennaio 1848 dalla Corte di Douai (Dalloz, *Recueil périodique*, 1748, 2, 164).

che il padre sia morto? Forse che la morte del padre impedisce che il figlio sia il figlio di suo padre? La nazionalità si determina dalla nascita. Il figlio di cui si tratta sarebbe nato belga se non vi fosse stata riunione; dunque diviene belga in forza della separazione. La giurisprudenza è divisa (1).

364. Sarebbe altrimenti se un belga avesse acquistata la qualità di francese prima della riunione del Belgio alla Francia. La separazione non può colpirlo, perchè esso sarebbe stato francese anche quando la riunione non fosse stata mai pronunciata. Esso dunque non è naturale belga, e non può, come tale, cambiare di nazionalità. Così è stato deciso dalla Corte di Douai in un caso che noi riferiremo, perchè può interessare più di un belga divenuto francese prima della riunione. Un belga nato in Hainaut nel 1750 si stabilisce in Francia, ove esercita la professione di panettiere; esso sposa successivamente due francesi e muore nel 1812. La Corte di Douai ha deciso che esso era divenuto francese per la legge 2 maggio 1790, a termini della quale sono reputati francesi tutti coloro i quali, nati fuori del regno da genitori stranieri, sono, da cinque anni, stabiliti e domiciliati in Francia, se hanno sposato una francese. È vero che la legge esigeva anche la prestazione del giuramento civico; ma la giurisprudenza ammette che questa condizione non doveva essere adempiuta che da coloro i quali volevano esercitare i diritti di cittadini attivi (2). La decisione della Corte ci sembra incontestabile. Per la medesima ragione i figli nati in Francia da un belga prima della pubblicazione del codice civile sono rimasti belgi dopo la separazione. Secondo l'antico diritto essi sono nati francesi; erano dunque francesi all'epoca della riunione del Belgio alla Francia; quindi conservano la loro qualità di francesi dopo la separazione (3).

365. Bisogna risolvere, secondo i medesimi principii, la quistione se la donna francese che sposa un belga ha cambiato di nazionalità col marito in conseguenza della riunione o della cessione delle provincie belghe. Vi ha però ragione di dubitare. Il codice dice, per vero, che la donna segue la condizione del marito (articoli 12 e 19), ma questo principio non s'applica che al tempo del matrimonio; la giurisprudenza ha assodato che, se il marito cambia di patria durante il matrimonio, questo cangiamento non ha alcun effetto sulla nazionalità della moglie.

---

(1) Fu giudicato in senso contrario dalla Corte di cassazione (sentenza del 13 gennaio 1845, DALLOZ, 1845, 1, 88), e dalla Corte di Parigi (sentenza dell'11 dicembre 1847, DALLOZ, 1848, 2, 49). La Corta di Lione (sentenza del 25 febbraio 1857) ha giudicato secondo la nostra opinione. Sul ricorso in cassazione vi è stata una sentenza di rigetto del 10 marzo 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 313).

(2) Sentenza del 19 maggio 1835 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 73).

(3) Così fu deciso con sentenza della Corte di cassazione del 5 maggio 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 229).

Bisogna applicare questa dottrina al cambiamento di nazionalità che si opera in virtù della cessione di un territorio? Tale è la difficoltà. La Corte di Parigi ha benissimo giudicato, a nostro avviso, che la moglie subisce i cambiamenti che le circostanze politiche apportano nella condizione del marito (1). La ragione è che questi cambiamenti si fanno senza sua volontà; cioè non è il marito che priva la moglie della sua nazionalità, ma è un caso di forza maggiore. Chi colpisce la cessione? Tutti coloro che sono belgi al tempo della riunione, dunque la donna al pari dell'uomo; e, al tempo della separazione, tutti coloro che sarebbero stati belgi, se la riunione non avesse avuto luogo, e quindi anche le mogli di coloro che sarebbero stati belgi.

366. Ci resta da esaminare una quistione in questa materia che dà luogo a tante difficoltà. Coloro che profittano delle leggi di favore emanate al tempo di una cessione di territorio conservano la loro nazionalità per il passato come per l'avvenire? La decisione dipende, anzitutto, dalla disposizione delle leggi. In Francia è stabilito che le *patenti di naturalità* accordate in virtù della legge del 14 ottobre 1814 constatano che colui il quale le ottiene non ha cessato di essere francese. Esse differiscono in ciò dalla naturalizzazione, la quale, conferendo una nuova nazionalità, non ha effetto che per l'avvenire. I belgi che hanno ottenuto delle patenti di naturalità dopo il 1814 non hanno dunque mai cessato di essere francesi; la giurisprudenza è costante su questo punto (2). Secondo i principii, è vero, il cambiamento di nazionalità non retroagisce; ora, in realtà, i belgi, divenuti francesi in forza della riunione, han cessato di esserlo, di pieno diritto, in virtù dei trattati che separano il Belgio dalla Francia. Essi son ridivenuti belgi; se in seguito ottengono delle patenti di naturalità dal governo francese, ricuperano una nazionalità che avevano perduta. Stando al rigore dei principii, si opera un nuovo cambiamento di nazionalità, il quale non dovrebbe avere effetto che per l'avvenire. È necessario un favore della legge perchè sia altrimenti. *Le patenti di naturalità* implicano questo beneficio.

La legge belga del 4 giugno 1839 è concepita nel medesimo senso. Essa dispone che coloro, i quali perdono la qualità di belgi in conseguenza dei trattati del 1839, possono *conservarla* mediante una dichiarazione fatta nei quattro anni che seguono la ratifica di questi trattati. La parola *conservare*, di cui la legge si serve, prova che coloro i quali adempiono la formalità prescritta dalla legge si presume che non hanno mai perduto

---

(1) Sentenza della Corte di Parigi del 24 agosto 1844 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 599).

(2) Vedi i pareri e le ordinanze del Consiglio di Stato, e le sentenze della Corte di cassazione, in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, numeri 104-105.

la cittadinanza belga. Essi non hanno neppure bisogno di *patenti di naturalità;* la legge non le esige. Ma quale è stata la condizione dei lussemburghesi e dei limburghesi nell'intervallo fra la ratifica dei trattati del 1839 e la loro dichiarazione? Durante la discussione un membro della Camera dichiarò che, secondo gl'intendimenti della sezione centrale, gli abitanti delle parti cedute rimanevano belgi durante il tempo che era loro accordato dalla legge per fare la loro dichiarazione; che è a questo scopo che la sezione aveva sostituito alla parola *ricuperare* che si trovava nel progetto quella di *conservare* (1). Malgrado questa spiegazione, la Corte di cassazione ha deciso, contrariamente alle conclusioni del pubblico ministero, che i lussemburghesi ed i limburghesi ceduti avevano cessato d'esser belgi in conseguenza dei trattati (2); ben inteso che, se fanno la dichiarazione, questa retroagisce. La decisione è molto giuridica. Infatti, il testo della legge subordina la conservazione della cittadinanza belga ad una dichiarazione; questa dichiarazione è la condizione sotto la quale i belgi ceduti conservano la loro nazionalità; finchè la condizione non è compiuta, essi non possono giovarsi del beneficio della legge, per cui sono colpiti dai trattati e divengono stranieri. Vi è ragione di dubitare in causa delle spiegazioni date da un membro della Camera; ma queste spiegazioni non sono in armonia col testo, ed è il testo che fa la legge, non i discorsi dei membri della Camera.

I lussemburghesi e i limburghesi che non hanno fatta la dichiarazione prescritta dalla legge hanno cessato di essere belgi dal giorno della ratifica dei trattati. Essi sono dunque stranieri, e non possono ottenere la cittadinanza belga che mediante la grande naturalizzazione. Una legge del 20 maggio 1845 accorda loro un nuovo favore; essa permette a coloro che hanno trasferito il loro domicilio nel Belgio nel termine di quattro anni d'ottenere la cittadinanza belga mediante una semplice dichiarazione fatta entro tre mesi. Tuttavia vi ha una grande differenza fra la condizione di coloro che hanno profittato della legge del 4 giugno 1839 e coloro che profittano della legge del 1845: i primi hanno *conservato* la cittadinanza belga anche pel passato; gli altri la *ricuperano*, ma solamente per l'avvenire. È questa l'applicazione evidente dei principî che regolano il cambiamento di nazionalità.

La legge del 22 settembre 1835 dice che gli abitanti delle provincie settentrionali dell'antico regno dei Paesi Bassi, i quali adempiono alle condizioni che essa prescrive, sono considerati come *belgi di nascita*. Essi non hanno dunque mai cessato di essere belgi.

---

(1) Demonceau, nel *Moniteur* del 19 maggio 1839.

(2) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 29 luglio 1840 (*Jurisprudence des cours de Belgique*, 1840, parte I, p. 496).

N. VIII. - Di coloro che hanno due patrie.

367. Giusta i principii, non si può avere due patrie. Nondimeno, in conseguenza del conflitto delle diverse legislazioni o d'altre cause, può darsi che una persona abbia due patrie. Ciò anzi è più frequente di quel che si pensi. Il diritto francese consacra un principio nuovo sulla nazionalità, cioè che il figlio segue la condizione del padre, mentre negli altri paesi, come l'Inghilterra, i Paesi Bassi, si è mantenuto l'antico principio che determina la nazionalità secondo il luogo di nascita. Così, il figlio nato da un francese in Inghilterra è inglese secondo il diritto inglese, ed è francese secondo il diritto francese. Tale è stata anche la condizione dei francesi nati nei Paesi Bassi durante la riunione del Belgio alla Francia: essi nel 1814 erano francesi, e la legge fondamentale (art. 8) ha accordato loro la naturalizzazione. Del pari tutti gli stranieri nati nel Belgio dal 1814 al 1830 sono belgi, a termini della detta legge, ed hanno inoltre una patria d'origine se, secondo il loro statuto personale, la nazionalità è determinata dall'origine.

Noi abbiamo detto che i lussemburghesi ed i limburghesi ceduti mercè i trattati del 1839, i quali han fatta la dichiarazione prescritta dalla legge del 4 giugno 1839, hanno conservato la cittadinanza belga anche pel passato; essi erano dunque ad un tempo belgi ed olandesi nell'intervallo che separò la ratifica dei trattati e la loro dichiarazione. È lo stesso dei belgi che hanno ottenuto patenti di naturalità in Francia dopo il 1814 (1); essi sono stati per qualche tempo francesi e belgi.

Secondo la nostra opinione, il figlio naturale nato da padre francese e da madre belga, e riconosciuto dall'uno e dall'altra, ha due patrie, quella del padre e quella della madre. E così del figlio concepito al momento in cui il padre è francese e che nasce al momento in cui questi ha cambiato di nazionalità, quando, per esempio, è divenuto belga. Esso nasce belga e può anche invocare il beneficio del concepimento per essere considerato come francese d'origine.

368. Quale è la condizione delle persone che hanno due patrie? È certo che il figlio che nasce in Inghilterra da un francese vi godrà di tutti i diritti civili e politici che sono l'appannaggio dei naturali inglesi; è certo ancora che questo medesimo figlio, se viene in Francia, vi godrà dei diritti civili e politici dei cittadini francesi. Ciò che diciamo dei diritti si estende naturalmente agli oneri e agli obblighi che derivano dalla nazionalità. Noi abbiamo già segnalata una strana conseguenza che risulta da quest'anomalia, cioè che una sola e medesima persona

(1) Vedi retro, n. 366.

avrà due statuti personali (1). Sino a quando durerà quest'anomalia e l'incertezza che ne risulta sullo stato delle persone? Si può costringere coloro che hanno due patrie a fare la loro scelta quando avranno raggiunta l'età maggiore? Giusta i principii, dovrebbe essere così; ma per imporre questa scelta entro un termine fatale occorrerebbe una legge, e questa pel diritto francese non esiste. Non vi è che una soluzione legale alla difficoltà: colui che ha due patrie ha la scelta; se ha scelto, allora non gli resta che una patria sola. Ma quando si può dire che ha fatto la scelta? È questa una quistione che i tribunali decideranno secondo le circostanze (2). Vi ha un caso in cui non v'ha dubbio. I francesi perdono la loro nazionalità per le cause previste dal codice Napoleone, e che noi veniamo ora ad esporre. È evidente che colui che è nato in Inghilterra da un francese perderà la nazionalità francese, se si trova in uno di questi casi: più frequente sarà ch'egli si sia stabilito in Inghilterra senza intenzione di far ritorno: in questo caso cesserà di essere francese, ma resterà inglese di nascita. Vi sarebbe un mezzo più semplice per terminare il conflitto delle legislazioni contrarie, cioè risolvere la quistione mediante trattati. La necessità di trattati si fa sentire in tutti i casi in cui il diritto civile delle varie nazioni è diverso.

N. IX. - Di coloro che non hanno patria.

369. Vi ha un'anomalia più singolare e più ingiustificabile, vi sono cioè individui che non hanno patria alcuna, e il loro numero è grande. I francesi che si stabiliscono nel Belgio senza intenzione di far ritorno perdono la cittadinanza francese (codice civile, art. 17), e non acquistano per questo fatto la cittadinanza belga; essi sono dunque stranieri dappertutto. Dicasi lo stesso della donna francese che sposa un inglese: essa non diviene inglese, secondo il diritto inglese, e perde la cittadinanza francese, a termini dell'art. 19 del codice Napoleone; essa è straniera dappertutto. Tale è anche, secondo la nostra opinione, la condizione del figlio naturale nato in Francia che non è riconosciuto nè dal padre, nè dalla madre; esso non ha patria, perchè legalmente non ha origine. Quest'anomalia si presenta spessissimo, quando un territorio è ceduto in seguito ad un trattato di pace. I belgi che dopo il 1814 rimasero stabiliti in Francia, senza ottenere patenti di naturalità, perdettero la cittadinanza francese, e, se abbandonarono l'intenzione di ritor-

---

(1) Vedi retro, n. 86.

(2) Vedi, in questo senso, una requisitoria di De Paepe, avvocato generale presso la Corte di Gand, in materia di estradizione (*Pasicrisie*, 1861, 2, p. 383 e seg.

nare in patria, perdettero anche la cittadinanza belga; essi non non avevano dunque più patria. È lo stesso dei francesi stabiliti nel Belgio senza intenzione di far ritorno, i quali non profittarono del beneficio dell'art. 133 della costituzione belga: essi non sono nè belgi, nè francesi, essi non hanno più patria legale.

370. Quale è la condizione di queste persone? Non può parlarsi per esse, già s'intende, di esercizio dei diritti politici. Godono almeno dei diritti privati? Secondo la teoria tradizionale consacrata dal codice Napoleone (art. 11), lo straniero non gode dei diritti civili, nel senso stretto della parola, vale a dire dei diritti che sono creati dalla legge. Ma il codice aggiunge che egli avrà in Francia il godimento dei diritti civili di cui il francese gode, in virtù dei trattati, nel paese al quale questo straniero appartiene. Potranno per ciò coloro che non hanno patria legale giovarsi di questa legge di reciprocità? È evidente che no, perchè legalmente essi non appartengono ad alcun paese. Essi dunque non godranno in Francia che dei diritti naturali di cui ogni straniero ha il godimento.

371. Si domanda quale sarà il loro statuto personale. Abbiamo già risposto che non ne hanno (1). Infatti, lo statuto personale deriva dalla nazionalità di cui è l'espressione; coloro che non hanno nazionalità non possono avere statuto personale. Da quale legge saranno dunque regolati il loro stato e la loro capacità? Dalla legge del paese in cui risiedono. Ciò dà luogo ad una nuova anomalia che rassomiglia ad una iniquità. Essi saranno in tutto sottoposti alla legge francese senza godere dei diritti che questa legge stabilisce a vantaggio dei cittadini. È questa una conseguenza fatale della loro condizione.

372. Un giureconsulto francese, colpito da ciò che questa condizione ha d'iniquo, ha immaginato, in favore degli stranieri senza patria legale, uno stato intermedio fra quello di francese e quello di straniero. È quello stato che Proudhon chiama l'*incolato*. Quando uno straniero si stabilisce in Francia senza intenzione di ritornare in patria, e che vi risiede per lunghi anni, perde la nazionalità d'origine; esso non diviene francese, ma non lo si può assimilare agli stranieri di passaggio o semplicemente residenti, i quali d'un giorno all'altro possono lasciare la Francia. Quindi sarebbe ingiusto assoggettarlo alle misure di rigore che la legge autorizza contro gli stranieri, come l'arresto provvisorio, il mandato di cattura. Vuol dire per questo che esso godrà di tutti i diritti civili? No, perchè resta straniero; ma i suoi figli saranno francesi (2).

Questa dottrina è inammissibile dal punto di vista del diritto positivo. Si può proporla al legislatore, ma l'interprete non può

---

(1) Vedi retro, n. 86.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 190-202.

accettarla. Il codice civile distingue, a proposito del godimento dei diritti civili, due categorie di persone, i francesi e gli stranieri; esso non conosce alcuno stato intermedio. Dunque tutti coloro che non sono francesi sono stranieri e regolati dalle leggi che concernono gli stranieri. Ora, la residenza in Francia, per lunga che sia, non conferisce la cittadinanza francese. Non basta. I figli nati da stranieri stabiliti in Francia senza intenzione di far ritorno in patria non divengono francesi di pieno diritto; è d'uopo che reclamino la cittadinanza francese entro l'anno dalla loro maggiore età (art. 9). Se non adempiono alle condizioni prescritte dal codice Napoleone, restano stranieri. Sarà lo stesso dei figli ai quali daranno la vita. La condizione di straniero potrà così perpetuarsi per molte generazioni, sino a che, dopo secoli, il ricordo dell'origine straniera siasi cancellato colla fusione delle razze.

373. Tale è lo stretto diritto; esso non è certo senza inconvenienti. Noi non ne citeremo che uno solo. Se uno straniero è chiamato come testimonio ad un testamento, l'atto è nullo; da ciò una perturbazione nelle relazioni civili, che importa di prevenire, fissando la condizione degli stranieri stabiliti fuori della loro patria senza intenzione di ritornarvi. È quello che ha fatto il legislatore francese con la legge del 7 febbraio 1851. A termini di questa legge, i figli nati in Francia da uno straniero, il quale pure vi è nato, nascono e restano francesi, a meno che entro l'anno dalla loro maggiore età, come è regolata dalla legge francese, non reclamino la qualità di straniero. Non si è richiesta da essi una dichiarazione, come fa il codice civile, perchè la maggior parte degli stranieri trascurano sempre di farla. Si è dunque ritornati al principio dell'antico diritto francese, che la nascita sul suolo della Francia conferisce la nazionalità francese, con questa modificazione, che lo straniero può, se lo vuole, reclamare la sua nazionalità d'origine; il suo silenzio basta perchè esso resti francese. In questo modo si mette fine all'incertezza che regna nel suo stato.

SEZIONE II. — Della perdita della cittadinanza francese.

§ 1. — *Delle cause per le quali si perde la cittadinanza francese.*

374. Il codice civile enumera le cause che fan perdere la cittadinanza francese. Fra queste cause non si trova l'*abdicazione* che un francese farebbe della propria nazionalità. È a bella posta che gli autori del codice non hanno usato la parola *abdicazione*. Nella discussione del titolo I al Consiglio di Stato Cambacérès osservò che la legge non doveva supporre che un francese potesse abdicare alla propria nazionalità, che

conveniva dunque parlare della *perdita* e non dell'*abdicazione* della cittadinanza francese (1). È uopo concludere da ciò che l'abdicazione che un francese fa della patria non avrebbe alcun effetto? Essa non ne avrebbe alcuno nel senso che la sola abdicazione non basterebbe per far perdere la nazionalità. V'ha un esempio famoso d'una simile abdicazione; è quella che Rousseau fece della sua qualità di cittadino di Ginevra. Secondo il diritto francese, essa non sarebbe stata sufficiente per produrre la perdita della nazionalità francese. Infatti questa perdita è considerata, secondo il console Cambacérès, come una specie di pena annessa ad un fatto più o meno riprensibile. Ora, non v'ha pena senza legge. Non è a dire per questo che l'abdicazione non avrebbe alcun effetto. Se un francese si stabilisce all'estero, non perde per questo la propria nazionalità, se conserva l'intenzione di ritornare in Francia, e questa intenzione si presume. Ma la presunzione cede innanzi alla prova contraria: tale sarebbe, senza alcun dubbio, un'abdicazione pubblica che un francese facesse della patria.

375. Il legislatore francese considera la rinuncia alla patria come un fatto riprensibile. Napoleone andò oltre; egli la punì come un delitto. Tale è l'obbietto dei famosi decreti del 6 aprile 1809 e del 26 agosto 1811. A termini dell'ultimo (art. 6), i francesi, la cui naturalizzazione non era autorizzata, incorrevano nella confisca dei loro beni; essi erano privati del diritto di succedere in Francia (art. 7, 8, 9); se rientravano in Francia, ne venivano espulsi (art. 11); presi colle armi alla mano, si applicava loro la pena di morte che il codice penale (art. 75) pronunzia contro il francese che porta le armi contro la patria, quantunque non fossero più francesi. Si domanda se questi decreti sono ancora in vigore. Gli autori non sono d'accordo (2). Nel Belgio la quistione è troncata da un decreto del principe sovrano dei Paesi Bassi del 26 settembre 1814. Questo decreto disapprova i decreti del 1809 e del 1811 qualificandoli ingiusti. Essi erano intrinsecamente illegali, poichè non apparteneva all'imperatore il creare dei delitti e stabilire delle pene. Essi violavano la libertà individuale: una conseguenza incontestabile di questa libertà è il diritto per i cittadini di cambiar patria. Crediamo inutile citare le testimonianze degli autori per provare una verità che è evidente (3). Senza dubbio l'uomo è congiunto dal Creatore alla nazione di cui fa parte, e, nell'ordine regolare delle cose, questo sacro legame non deve essere infranto. Si presentano tuttavia circostanze in cui l'emigrazione può concepirsi. Tale era precisamente lo stato della Francia dopo

(1) Seduta del 28 brumaio anno X (LOCRÉ, t. I, p. 420, n. 6).
(2) Vedi le fonti in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 522.
(3) Si trovano enumerate in DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 507).

la Rivoluzione. Noi condanniamo, noi malediciamo i francesi che sollevarono l'Europa contro la loro patria; ma coloro i quali, non potendo sopportare la libertà, emigrarono, senza portare le armi contro la Francia, sono da compiangere anzichè da biasimare. In ogni caso, questo è un diritto, è l'ultima risorsa delle minoranze che non possono assuefarsi al regime e alle leggi che la maggioranza stabilisce.

Il decreto del 1814 ha dunque fatto bene ad abrogare i decreti del 1809 e 1811. Esso ha fatto più che abolirli, ha dichiarato che i giudicati che fossero stati pronunciati in virtù di questi decreti sono considerati come non avvenuti. Abolire dei giudicati è cosa grave, anche quando sono pronunciati in virtù di leggi inique. Queste misure non si spiegano e non si giustificano che tenendo conto delle circostanze eccezionali in cui si trovavano il Belgio e l'Europa intera dopo la caduta di Napoleone.

N. 1. - Della naturalizzazione.

376. La cittadinanza francese si perde, dice l'art. 19, per la naturalizzazione acquistata in paese straniero. Nulla di più giusto: è l'applicazione del principio che non si possono avere due patrie. Ciò nel supposto che la naturalizzazione sia acquistata; finchè essa non lo è, non v'ha cambiamento di nazionalità (1). Può anche darsi che il francese acquisti una nazionalità nuova senza perdere la nazionalità francese. La naturalizzazione, alla quale il codice annette la perdita della qualità di francese, è quella che risulta dal fatto di colui che domanda ed ottiene la naturalizzazione. Ma vi son dei casi in cui la naturalizzazione è accordata dalla legge a tutta una categoria di persone, senza esigere da esse alcuna dichiarazione di volontà: tale era la condizione dei francesi ai quali la legge fondamentale (art. 8) accordava la naturalizzazione per la ragione sola che erano nati nel Belgio da genitori ivi domiciliati. Hanno essi perduto la cittadinanza francese in virtù di questa legge? No, certo; poichè è senza loro volontà e forse loro malgrado che sono stati dichiarati belgi. Il solo effetto della legge è stato di dar loro due patrie, fra le quali essi hanno la scelta.

La Corte di Parigi ha deciso così in un altro caso. Uno stabilimento di commercio in Ispagna basta, secondo le leggi di questo paese, per conferire la cittadinanza spagnuola. Ne viene da ciò che i francesi i quali fondano un simile stabilimento in Ispagna perdono la loro nazionalità? No, perchè la naturalizza-

(1) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 25 giugno 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 416).

zione si effettua senza la loro volontà, ed anche quando avessero una volontà contraria (1).

377. È sufficiente che il francese acquisti il godimento dei diritti civili all'estero perchè perda la nazionalità? La quistione deve essere risoluta, ci sembra, dalle leggi del paese in cui il francese si stabilisce. Se non può acquistare il godimento dei diritti civili che come indigeno, vi sarà una vera naturalizzazione. Ma se può godere dei diritti civili pur rimanendo straniero, non acquista una nazionalità nuova, e, per conseguenza, conserverà la nazionalità d'origine. Tale sarebbe il caso in cui un francese ottenesse nel Belgio l'autorizzazione dal re di stabilirvi il suo domicilio; esso non sarebbe naturalizzato, ma resterebbe francese. Tale è ancora la *dénization* che acquistasse in Inghilterra. Stando ai termini delle patenti di *dénization*, si potrebbe credere che il *dénizen* è naturalizzato; esse portano che « il petente sarà tenuto e reputato in tutte le cose per naturale inglese, e per fedele e subordinato uomo, come se fosse nativo del paese ». Invece è certo che il *dénizen* resta straniero. Per la naturalizzazione occorre un atto del Parlamento, mentre la *dénization* s'accorda per lettere reali. Inoltre, malgrado i termini generali delle patenti di *dénization*, il *dénizen* non è assimilato all'inglese d'origine, neppure pel godimento dei diritti civili; così esso non può ereditare dai suoi parenti stranieri. In una parola, esso ottiene soltanto il godimento di alcuni diritti i quali sono rifiutati agli stranieri; può comprare delle terre e trasmetterle, ciò che non è permesso allo straniero. Ecco perchè è sempre stato deciso che la *dénization*, non essendo una naturalizzazione, non faceva perdere la cittadinanza francese (2).

378. Nella discussione del titolo I al Consiglio di Stato si dice che sovente motivi d'interesse o di commercio obbligavano i francesi a farsi naturalizzare in paese straniero, per esempio, in Inghilterra, per isfuggire al diritto di albinaggio. Questi francesi intendono di far ritorno; non sarebbe quindi ingiusto privarli della cittadinanza francese e, per conseguenza, del godimento dei diritti civili? Si rispose che il legislatore non poteva scrutare le intenzioni di colui che si fa naturalizzare, che esso non poteva nè supporre, nè incoraggiare questa specie di frode; che, malgrado l'intenzione di far ritorno, il francese era naturalizzato; che esso acquistava una patria nuova, che

---

(1) Sentenza del 3 maggio 1834 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 284).

(2) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Dénization*, e alla parola *Français*, § 1, n. 3; Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 534. Un atto del parlamento del 6 agosto 1843 ha sostituito alle lettere di *dénization* un certificato che rilascia un segretario di Stato. L'effetto giuridico è lo stesso. È stato giudicato dalla Corte di Parigi (sentenza del 27 luglio 1859) che questo certificato non fa perdere la cittadinanza francese, quantunque colui che l'ottiene presti il giuramento di fedeltà (Dalloz, *Recueil*, 1859, 2, 179).

quindi non poteva conservare la sua patria di origine (1). La risposta è perentoria. Dal momento che vi ha naturalizzazione, il francese perde la sua nazionalità, perchè non può avere due patrie. Invano direbbe che egli ha conservato l'intenzione di far ritorno; non è perchè ha perduto l'intenzione di far ritorno che ha perduto la cittadinanza francese, è perchè ha domandato ed ottenuto la naturalizzazione.

N. II. - Accettazione di funzioni civili o militari.

379. Secondo l'art. 17, il francese perde la sua nazionalità per l'accettazione non autorizzata dall'imperatore di funzioni pubbliche conferite da un governo straniero, e l'art. 21 aggiunge che colui il quale prende servizio militare presso lo straniero perde la cittadinanza francese. Queste due disposizioni sono abrogate nel Belgio dalla legge del 21 giugno 1865. Quali sono i motivi di questa abrogazione?

Non si è mai criticata la disposizione dell'art. 17. La nazionalità non conferisce solamente dei diritti, essa impone anche dei doveri, e il primo dovere del cittadino non è di consacrare la sua vita, il suo ingegno al servizio della patria? Se egli l'abbandona per occupare pubblici uffici in un paese straniero, lungi dal compiere i doveri che la patria gl'impone, si mette nell'impossibilità di compierli; esso fa a vantaggio di uno Stato straniero ciò che dovrebbe fare per lo Stato in cui è nato. Ciò equivale ad una naturalizzazione tacita. È vero che possono esservi circostanze nelle quali l'accettazione di funzioni pubbliche non implica l'intenzione di rinunciare alla propria nazionalità; può anche darsi che questa accettazione sia utile alla patria. Il codice civile aveva provveduto a questa eventualità, conservando la cittadinanza francese a colui che accettasse funzioni pubbliche all'estero con l'autorizzazione dell'imperatore. Ciò conciliava tutti gl'interessi.

Se l'art. 17 è conforme a giustizia, lo è a maggior ragione l'art. 21. Lo stesso ministro che ha presentato la legge del 1865 confessa che « questa disposizione si giustifica per la gravità dell'atto che si tratta di reprimere ». Infatti, il servizio militare è un servizio essenzialmente nazionale. « L'arruolamento in un esercito d'una potenza straniera, che espone colui che l'ha contratto a combattere contro il suo paese, può essere considerato come incompatibile con i doveri verso la patria e importa, per la natura stessa delle cose, la rinuncia alla qualità di cittadino (2).

(1) MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, t. I, pagina 34.

(2) Esposizione dei motivi del progetto di legge (*Annales parlementaires, Documents*, p. 492 della sessione 1864, 1865).

Eppure è l'art. 21 che ha condotto alla sua abrogazione pronunciata dalla legge 21 giugno 1865. Il codice civile non si limitava a privare della sua nazionalità il francese che prestava servizio militare all'estero; esso lo assimilava completamente allo straniero, di modo che per riacquistare la cittadinanza francese, egli doveva domandare ed ottenere la naturalizzazione; mentre il francese, il quale avesse accettate funzioni pubbliche in paese straniero, perdeva la cittadinanza francese, è vero, ma poteva ricuperarla facilmente, rientrando in Francia coll'autorizzazione dell'imperatore, e dichiarando che voleva fissarvi il domicilio. Il rigore si comprendeva al tempo in cui il codice è stato emanato. La Francia era in guerra quasi permanente con l'Europa. Prestare servizio militare all'estero era dunque, di fatto, prendere le armi contro la Francia. Ma la guerra ha fatto luogo alla pace, e in tempo di pace il servizio militare all'estero non ha maggior gravità che l'accettazione di funzioni civili, salvo il pericolo risultante dall'eventualità della guerra, pericolo sempre imminente nello stato di pace armata in cui si trova l'Europa.

Il legislatore belga ha tenuto conto di queste circostanze. Esso cominciò dal permettere ai belgi, che avessero perduto la loro nazionalità per aver prestato servizio militare all'estero, di riacquistarla chiedendo la grande naturalizzazione, senza che fossero tenuti di giustificare che avessero reso eminenti servigi allo Stato (1). Questa disposizione, quantunque fosse un favore, era onerosa in causa dei diritti elevati di registrazione che si esigono per le patenti di grande naturalizzazione. Coloro che prestano servizio militare all'estero sono raramente in grado di pagare la somma di mille franchi per ricuperare la cittadinanza belga. Questa disposizione è sembrata troppo rigorosa, ed è una delle ragioni che furono invocate per giustificare la legge del 21 giugno 1865. È evidente che questa prima ragione non è perentoria; basterebbe, per rimediare al rigore della legge, facilitare il mezzo di ricuperare la cittadinanza belga. Questa ragione non è un motivo determinante per conservare la nazionalità a colui che presta servizio militare all'estero.

Altre considerazioni giustificano l'abrogazione dell'art. 21. I belgi che prestano servizio militare presso lo straniero, con autorizzazione del re, conservano la loro nazionalità. Quando un belga domandava quest'autorizzazione, ne risultava un grande imbarazzo pel governo. Il Belgio è neutro per la legge stessa della sua esistenza. Non viola esso i doveri che gl'impone la sua neutralità, autorizzando i belgi a prendere le armi in favore della tal causa o della tal'altra? Non val meglio che il potere reale sia fuori di quistione? Che i cittadini parteggino per il papa o contro di lui, non può formare obbietto di rim-

(1) Legge del 27 settembre 1835, art. 2.

provero pel governo. Ma se, con l'autorizzazione del re, alcuni belgi si arruolassero per difendere il papato contro l'Italia, gli italiani non avrebbero il diritto di dolersene? È questa situazione difficile che indusse il ministro di giustizia a proporre l'abrogazione dell'art. 21. Quanto all'art. 17, n. 2, non aveva mai dato luogo nè a critiche, nè a reclami. Ma il fatto d'accettare funzioni pubbliche all'estero è evidentemente meno grave che quello di prestarvi il servizio militare; se si conserva la cittadinanza belga a coloro che si arruolano in un esercito straniero, a maggior ragione si deve conservarla a coloro che fungono un ufficio civile (1).

380. La necessità in cui si è trovato il legislatore d'abrogare una disposizione del codice, di cui nessuno contestava la giustizia, non attesta contro la legge del 1865? Meglio sarebbe stato forse mantenere il principio del codice, salvo a facilitare ai belgi i mezzi di ricuperare la qualità che perdevano prestando servizio militare presso lo straniero. Gl'inconvenienti politici che risultano dall'autorizzazione del re non son dovuti che ad una causa passeggiera. E dunque a un interesse passeggiero che si è sacrificato un principio essenzialmente giusto. La nuova legge conservando la cittadinanza belga a coloro che presteranno servizio civile o militare all'estero, nasceva la quistione di sapere quale doveva essere la condizione di coloro i quali prima della pubblicazione della legge del 1865 avevano perduta la loro nazionalità per questo motivo. A termini dell'art. 2, gli individui che han perduta la cittadinanza belga in virtù degli articoli 17, n. 2 e 21, la riacquistano di pieno diritto dal giorno della pubblicazione della nuova legge. Ma essi non la riacquistano che per l'esercizio dei diritti acquisiti a loro vantaggio dopo questo giorno.

381. L'abrogazione pronunziata dalla legge del 1865 non è così radicale come sembra, nel senso che nelle circostanze ordinarie il beneficio della legge sarà raramente applicato. Ciò è vero soprattutto di coloro che accettano funzioni civili all'estero. Quasi sempre essi prendono stabile dimora, senza intenzione di far ritorno, colà ove esercitano le loro funzioni. Quindi essi perdono la cittadinanza belga in virtù dell'art. 17, n. 3. Ciò prova ancora quanto la disposizione del codice abrogata dalla legge del 1865 era giusta. Vi ha realmente rinuncia alla patria d'origine da parte di colui che dedica la sua esistenza a uno Stato straniero. E il più delle volte la rinuncia sarà definitiva. È altrimenti del servizio militare, che è temporaneo di sua natura. Ma questo presenta un altro pericolo, cioè che il belga può trovarsi costretto di portare le armi contro la patria. L'art. 21 del codice aggiungeva questa riserva: « senza

(1) Esposizione dei motivi presentati da Tesch, ministro di giustizia (*Documents parlementaires* del 1864 e 1868, p. 482).

pregiudizio delle pene pronunziate dalla legge criminale contro coloro che porteranno le armi contro la patria ». Quantunque la legge del 1865 non riproduca questa riserva, essa è di diritto, come è detto nell'esposizione dei motivi.

N. III. - Stabile residenza in paese straniero senza intenzione di rimpatriare.

382. L'art. 17, n. 3, dice che la cittadinanza francese si perde ogni qualvolta si stabilisce la residenza in paese straniero senza intenzione di rimpatriare. È questa la rinuncia tacita alla nazionalità francese. La rinuncia espressa sarebbe inefficace, mentre la rinuncia tacita produce un effetto considerevole. Il francese, che dichiarasse pubblicamente di rinunciare alla sua nazionalità, la conserverebbe egualmente, se non vi fosse un altro fatto che ne importasse la perdita: il francese, al contrario, il quale senza dichiarazione alcuna va a stabilirsi all'estero per non più rimpatriare, perde per ciò stesso la sua nazionalità. A primo aspetto ciò sembra in opposizione con i principii i più elementari del nostro diritto. Perchè colui che si stabilisce in paese straniero senza intenzione di rimpatriare perde la cittadinanza francese? Perchè questo fatto prova che esso vuol rinunziare alla sua patria. Ora, la volontà espressa non deve avere per lo meno altrettanto effetto che la tacita? La contraddizione non è che apparente. Se la legge non ammette la rinuncia espressa della nazionalità, è perchè vi sarebbe in una simile dichiarazione un oblio di ogni dovere, un dispregio dei più sacri sentimenti. Il legislatore non vuole che un cittadino mostri questo dispregio per la patria. Ma esso non poteva impedire l'emigrazione senza violare la libertà individuale; esso tollera ciò che non può prevenire. Vi ha un'altra ragione per la quale la rinuncia tacita ha più forza che la rinuncia espressa. Colui che lascia la patria coll'intenzione di non più ritornarvi viola il dovere che gl'impone la qualità di cittadino; quindi non può più reclamare i diritti annessi a questo titolo. Non è lo stesso di colui che manifesta semplicemente la propria intenzione. Ciò non gli impedisce di restare sottomesso alla legge del suo paese, se non ne esce. Che se ne esce nello stesso tempo che fa la sua dichiarazione, vi sarà, pel concorso del fatto e dell'intenzione, stabile residenza all'estero senza intenzione di rimpatriare, e, per conseguenza, perdita della nazionalità francese.

383. Sta sempre che la rinuncia tacita è contraria ai sentimenti della natura del pari che la rinuncia espressa. Ecco perchè la dottrina insegna che l'intenzione di rimpatriare si presume in colui che si stabilisce in paese estero. « Si deve sempre presumere l'intenzione di rimpatriare, dice Pothier, a meno

che non vi sia qualche fatto contrario che distrugga una presunzione così ben fondata, e che provi una volontà certa di emigrare » (1). Ciò è conforme ai principii di diritto egualmente che all'amore naturale che l'uomo ha per la sua patria. Il cittadino non è più un servo attaccato alla gleba; esso può viaggiare, può stabilirsi in paese straniero, sia per suo piacere, sia per salute, sia pei suoi interessi, senza perdere per ciò la sua nazionalità d'origine. È una conseguenza della libertà individuale. Si dirà che pel fatto della residenza fuori della patria egli rinuncia alla sua nazionalità? Egli risponderà che niuno si presume rinunciare a un diritto qualunque, per modesto che ne sia il valore. E che sarà del diritto più considerevole di tutti, quello che ci dà una patria! Bisogna dunque che vi siano dei fatti che provino una volontà ben certa di emigrare, vale a dire dei fatti che non lascino alcun dubbio sull'intenzione di colui che abbandona il suolo natio. Giacchè il francese conserva la sua nazionalità anche quando si stabilisce all'estero, appartiene a colui il quale pretende che l'ha perduta provare che esso ha abbandonato la Francia senza intenzione di rimpatriare. Ciò è stato detto nel Consiglio di Stato da Boulay. Spetta a colui, egli dice, il quale allega che un francese ha perduta la sua nazionalità stabilendosi senza intenzione di rimpatriare in paese straniero, a provare questo fatto. Boulay aggiunge che questa prova sarebbe difficilissima. Il console Lebrun osservò che sarebbe impossibile (2). Ciò è troppo. Vi ha, da qual che anno, un gran movimento d'emigrazione verso gli Stati Uniti. È certo che il francese il quale vende tutto ciò che possiede in Francia, che trasporta tutto il suo avere in America, che vi si stabilisce con tutta la sua famiglia, compresi i vecchi, che non nasconde, del resto, la sua intenzione di emigrare per sempre, è evidente che questo francese stabilisce altrove la sua residenza senza intenzione di rimpatriare e che per conseguenza perde la sua nazionalità. Ma è necessaria questa evidenza perchè si possa ammettere che il francese non ha l'intenzione di rimpatriare. Come dice la Corte di Rennes, il cambiamento di residenza deve essere tale che sia in certo modo incompatibile con l'intenzione di rivedere la patria (3).

384 La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi su questo punto. Non è lo stesso pel senso da darsi al secondo alinea dell'art. 17: « La residenza per causa di commercio non potrà mai essere considerata come se fosse stata fatta senza intenzione di rimpatriare ». Ciò vuol dire che il francese il quale fissa

---

(1) POTHIER, *Traité des personnes*, parte I, tit. II, sect. IV.
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 4 fruttidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, pagina 416, n. 9).
(3) Sentenza del 1.° giugno 1832 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 553).

la sua residenza in paese straniero per causa di commercio non perde mai la sua nazionalità? Si potrebbe crederlo, leggendo l'esposizione dei motivi fatta da Boulay. « Il caso avverrà raramente, egli dice. Occorreranno ben forti prove per accusare un francese di questo abbandono, e ciò che deve rassicurare è *che niuna prova potrà nemmeno essere allegata contro di lui per una residenza fissata per causa di commercio* » (1). Il che sembra dire che non s'incorre mai nella perdita della cittadinanza francese quando questi si stabilisce per affari di commercio all'estero (2). Se tale fosse il senso della legge, essa sarebbe in contraddizione con i principii. Il francese commerciante può avere la volontà di emigrare egualmente che il francese agricoltore o proprietario. Ora, dal momento che la volontà è chiaramente manifestata dai fatti, la conseguenza dev'essere la perdita della nazionalità. Quali sono i fatti che provano l'assenza dell'intenzione di rimpatriare? Questa quistione è abbandonata al criterio del giudice, la soluzione dipende dalle circostanze della causa. Supponiamo che il francese commerciante dichiari pubblicamente che la sua intenzione è di lasciar la Francia per sempre; esso vende tutto ciò che possiede in Francia e lascia la patria con tutta la sua famiglia. Si dirà ch'esso non perde la qualità di francese, perchè si stabilisce all'estero per affari di commercio? La volontà evidente, manifestata con fatti, di rinunziare alla patria sarebbe inefficace per la sola ragione che colui il quale ha manifestata questa volontà è commerciante! Ciò non avrebbe senso, perchè sarebbe una derogazione ai principii che nulla potrebbe giustificare (3).

Se tale non è il senso dell'art. 17, che significa esso? Significa che la residenza per causa di commercio non può mai essere addotta come prova che il francese ha perduto l'intenzione di rimpatriare. Quando si tratta di provare che un francese ha lasciato la sua patria senza intenzione di far ritorno, si trae naturalmente profitto dalla residenza ch'esso ha stabilito all'estero; se vi ha trasportati i suoi interessi, è da credere che vi si è stabilito per sempre. Questa probabilità cessa quando la residenza è per causa commerciale. Perchè? Perchè l'esperienza quotidiana prova che i francesi commercianti vanno a fare fortuna all'estero e ritornano in seguito in Francia. Ne risulta che l'intenzione di far ritorno è in certo modo inerente al commercio. Quindi non si può invocare la residenza per causa commerciale per provare che il francese ha perduto l'intenzione di far ritorno. Non lo si può *mai*, dice l'art. 17. Dunque, quand'anche

(1) Locré, t. I, p. 427, n. 23.

(2) Questa è l'opinione di Mourlon, *Répétitions sur le Code Napoléon*, t. I, p. 102 e seg.

(3) Fu deciso così da una sentenza della Corte di cassazione del Belgio dell'agosto 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 372).

vi fossero altri fatti che mostrano l'intenzione di emigrare, non si può, neppure in appoggio a questi fatti e per corroborarli, fondarsi sulla residenza per causa di commercio. È questa la differenza fra le residenze commerciali e le altre residenze. Queste possono attestare contro il francese, mentre le altre non possono servire di prova, come dice Boulay. Questa è l'opinione generalmente seguita (1).

N. IV. - Della donna francese che sposa uno straniero.

385. La donna francese che sposa uno straniero segue la condizione del marito, dice l'art. 19. È questo il rovescio dell'art. 12, e le due disposizioni sono fondate sui medesimi motivi. Vi ha tuttavia una grande differenza negli effetti. La straniera che sposa un francese perde, è vero, la sua nazionalità d'origine, ma acquista sempre un'altra nazionalità. Mentre la donna francese che sposa uno straniero, pur perdendo la sua patria d'origine, non acquista sempre una nuova patria. Ciò dipende dalla legislazione del paese al quale appartiene suo marito. Se la legge straniera segue il principio del codice Napoleone, allora la donna francese acquisterà una patria straniera in forza del matrimonio. È così nel Belgio: la donna straniera che sposa un belga diviene belga in virtù dell'art. 12 del codice civile, ch'è anche il nostro. Ma in Inghilterra si segue un principio differente: il matrimonio non ha alcuna influenza sulla nazionalità della donna. La inglese che sposa un francese resta inglese, e la straniera che sposa un inglese resta straniera. Qual'è dunque la nazionalità della donna francese che sposa un inglese? Essa perde la nazionalità francese, poichè l'art. 19 dice che segue la condizione del marito; e non diviene inglese, poichè le leggi d'Inghilterra vi si oppongono. Invano invocherebbe l'art. 19, il quale, essa direbbe, essendo concepito nei medesimi termini che l'art. 12, deve avere anche i medesimi effetti. Il legislatore può ben dare a una straniera la qualità di francese, ma non può certo dare a una straniera la qualità d'inglese. Ne risulterà che la donna francese che sposa un inglese non sarà nè francese, nè inglese; essa non avrà patria. Si è detto ch'essa sarebbe, per verità, straniera in Inghilterra, ma che in Francia si dovrebbe considerarla come inglese, in virtù dell'art. 19 (2). Ciò ci sembra inammissibile. Non par-

---

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 229 e seg., n. 182. Marcadé (t. I, p. 114) va troppo oltre dicendo che «se alla circostanza, che un francese ha fissato la residenza in paese straniero per causa di commercio, venissero ad aggiungersi altre circostanze che, riunite alla prima, provassero la perdita dell'intenzione di far ritorno, si potrebbe argomentare da questa prima circostanza come dalle altre». Ciò è contrario al testo della legge ed alla interpretazione che Boulay ne dà nell'*Esposizione dei motivi*.

(2) Mourlon, *Répétitions sur le Code Napoléon*, t. I, p. 104 e seg.

liamo della singolare conseguenza che risulterebbe da questa opinione, che la stessa persona sarebbe straniera in Inghilterra ed inglese in Francia; abbiam veduto che il conflitto delle legislazioni conduce sovente a siffatte anomalie. Ma questo è il minore inconveniente della dottrina che combattiamo; essa è in opposizione con i principii più elementari di diritto. Si concepisce che il legislatore francese conferisca la qualità d'inglese a una persona? V'ha un'altra soluzione della difficoltà, cioè che le leggi o i trattati dispongano che la donna, la quale in forza del matrimonio non acquista la nazionalità del marito, conserverà la sua patria d'origine.

386. Le gravi conseguenze che risultano dal matrimonio, per ciò che concerne la nazionalità della moglie, danno interesse alla quistione, se esse si applicano alla donna minorenne. Vi ha ragione di dubitare. Un incapace, al quale le nostre leggi non permettono di disporre della minima parte dei suoi beni, può disporre della sua nazionalità, rinunciare alla sua patria, acquistarne una nuova, o perdere anche qualsivoglia patria? Secondo i principii, certamente ciò non può essere permesso che al maggiore. Ma il nostro codice deroga a questo principio in favore della donna minore che si marita; dal momento che è assistita da persone il cui consenso le è necessario per la validità del suo matrimonio, essa può fare le stesse convenzioni matrimoniali del maggiore (art. 1398); essa può anche disporre dei suoi beni a titolo gratuito, ciò che non le è giammai permesso all'infuori del matrimonio. Bisogna dunque applicare alla donna minore il principio che colui ch'è capace di contrarre matrimonio ha per ciò stesso capacità per tutte le conseguenze del medesimo. È stato giudicato, in questo senso, dalla Corte di Parigi che la donna minore la quale sposa un francese diviene francese (1). La dottrina è d'accordo con la giurisprudenza (2).

387. Una quistione più difficile è quella se la moglie segue la condizione del marito anche quando questi cambia nazionalità durante il matrimonio. Noi l'abbiamo già risolta negativamente per la donna straniera che sposa un francese (n. 349); la decisione dev'essere la stessa per la donna francese che sposa un francese o uno straniero. È vero che lo spirito del codice è che la moglie abbia la nazionalità del marito; ciò risulta evidentemente dagli articoli 12 e 19. Ma v'ha un altro principio che domina la materia, cioè che il marito non può disporre della nazionalità della moglie, il cambiamento di nazionalità non potendo risultare che dalla volontà di colui che cambia di patria (3).

(1) Sentenza 11 dicembre 1847 (DALLOZ, *Récueil périodique*, 1848, 2, 49).
(2) DURANTON, t. I, p. 120, n. 188, seguito da DEMOLOMBE, t. I, p. 184.
(3) Così fu deciso dalla Corte di Douai (sentenza del 3 agosto 1858 in DALLOZ, 1858, 2, 219).

Vi ha tuttavia un caso che presenta qualche difficoltà. Il marito si stabilisce all'estero senza intenzione di far ritorno. La moglie lo segue. Perderà essa la cittadinanza francese? Per massima, no. Al Consiglio di Stato il primo console osservò che, se la donna francese perdesse la sua nazionalità per aver seguito il marito, sarebbe punita in certo modo per aver adempiuto a un dovere. L'osservazione è giusta, e si voleva tenerne conto aggiungendo una disposizione che conservasse alla moglie la nazionalità francese; ma la proposta essendo stata differita, non si prese più alcuna decisione (1). Noi crediamo che il legislatore abbia ben fatto non stabilendo alcuna regola assoluta. L'art. 214, combinato con i principii che regolano il cambiamento di nazionalità, basta per risolvere la quistione. Giacchè « la moglie è obbligata di seguire il marito ovunque esso giudichi opportuno di risiedere », non si può ritorcere contro di lei il compimento d'un dovere, nel senso che la moglie la quale segue il marito all'estero non manifesta con ciò la volontà di emigrare, essa non fa che obbedire alla legge. Ciò è ammesso da tutti (2). Ma bisogna andare più oltre e dire che la moglie non perde mai la sua nazionalità seguendo il marito? (3). Ciò è troppo assoluto. La moglie può avere intenzione di emigrare con suo marito: è anche possibile che abbia presa l'iniziativa del progetto di emigrazione: se i fatti non lasciano alcun dubbio sulla sua intenzione, perchè la volontà della donna non avrebbe lo stesso effetto che la volontà dell'uomo? È vero che la moglie è colpita d'incapacità giuridica, che non può disporre del minimo diritto pecuniario senza l'autorizzazione del marito. Può essa rinunciare alla sua nazionalità senza esservi autorizzata? No, evidentemente, ma nel caso concreto vi ha una autorizzazione tacita, poichè il marito e la moglie concorrono nel medesimo atto giuridico emigrando insieme (codice Napoleone, art. 217).

N. V. - Cessione di un territorio.

388. La cessione d'un territorio fa perdere la cittadinanza francese, come l'acquisto d'un territorio la fa acquistare a tutti coloro che sono considerati come naturali del paese ceduto o acquistato. Noi abbiamo esposto i motivi che regolano questa materia, trattando dell'acquisto della cittadinanza francese (vedi numeri 354-366).

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del termidoro anno IX (Locré, t. I, pagina 354, n. 25. Maleville, *Analyse*, t. I, p. 35 e seg).
(2) Duranton, t. I, p. 121, n. 189. Valette in Proudhon, t. I, n. 126 nota.
(3) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 152.

§ 2. - *Conseguenze della perdita della cittadinanza francese.*

389. Il francese che perde la cittadinanza perde il godimento dei diritti civili che vi è annesso. I nostri testi sono formali. Il codice Napoleone non procede come la dottrina; esso non dice chi è francese, come si perde la cittadinanza francese, e quali sono le conseguenze di questa perdita. Esso tratta in due capitoli del godimento e della perdita dei diritti civili. Chi gode dei diritti civili? L'art. 8 risponde alla quistione: « Ogni francese godrà dei diritti civili ». In qual modo i francesi perdono il godimento dei diritti civili? Il capitolo 2.° risponde: « Per la perdita della cittadinanza francese ». Dunque il francese che perde la sua nazionalità perde per ciò stesso il godimento dei diritti civili.

Vi sono alcuni autori che ammettono una restrizione a questi principii. Essi dicono che la perdita della qualità di francese non importa la perdita di *tutti* i diritti civili, ma soltanto di quelli che sono specialmente inerenti a questa qualità (1). Tale opinione riguarda la quistione, sì vivamente dibattuta, dei diritti di cui godono gli stranieri. Noi la tratteremo più avanti. Pel momento basta osservare che gli autori, i quali insegnano che lo straniero gode per principio dei diritti civili, sono obbligati d'alterare i testi. Il francese che perde la sua nazionalità diviene straniero; esso non può dunque godere che dei diritti di cui godono gli stranieri. I diritti civili sono compresi in questi diritti? Sì, dicesi. Ma il codice dice di no. Invano si vuole introdurre una distinzione fra i tali e i tali altri diritti civili. I nostri testi non distinguono. Quali sono i diritti civili di cui il francese, divenuto straniero, perde il godimento? Il codice non risponde a tale quistione dicendo che perde i tali diritti e ne conserva altri. Esso dice ch'è privato *dei diritti civili* per effetto della perdita della cittadinanza francese. Quali sono questi *diritti civili* che perde? Naturalmente quelli di cui aveva il godimento. Ora, l'art. 8 ci dice che il francese gode dei *diritti civili;* son dunque i *diritti civili tutti,* senza distinzione, ch'esso perde. Ciò che implica già che lo straniero non gode, giusta i principii, di alcun diritto civile.

390. La perdita dei diritti civili si ripercuote sulla moglie e sui figli del francese che ha perduto la sua nazionalità? Si risponde d'ordinario che il francese soltanto perde i suoi diritti civili, che questa perdita non ha alcuna influenza sullo stato e sulla capacità della moglie (2). Ciò è vero nel senso che il marito non può togliere la nazionalità nè alla moglie

(1) Arntz, *Cours de droit civil français,* t. I, n. 125, p. 60.
(2) Mourlon, *Répétitions sur le code civil,* t. I, p. 105.

nè ai figli. Ma può darsi che la moglie cambi di nazionalità col marito, seguendolo, per esempio, all'estero senza intenzione di far ritorno. Quanto ai figli, se sono minori, conservano la loro patria d'origine, e, per conseguenza, il godimento dei diritti civili. Se sono maggiori, e seguono il padre senza intenzione di far ritorno, cadono sotto l'applicazione dell'art. 17; essi perdono la nazionalità indirettamente, pel fatto del padre che emigra; sta ad essi di conservarla rimanendo in Francia, o stabilendosi all'estero con l'intenzione di far ritorno. È, in una parola, per loro volontà che perdono il godimento dei diritti civili.

La risposta alla nostra quistione è dunque questa: La moglie e i figli perdono il godimento dei diritti civili quando perdono la loro qualità di francesi, e non perdono questa qualità che per un fatto il quale è loro personale. Ma il fatto del padre può essere comune alla moglie e ai figli: in questo caso, tutti sono privati dei diritti civili.

391. I francesi che perdono la loro nazionalità, diventando stranieri, sono regolati dai principii che regolano gli stranieri. Vi hanno però alcune differenze, anzitutto per ciò che concerne il godimento dei diritti civili. Se il francese, rinunciando alla patria, acquista una nuova nazionalità, è assimilato completamente ai naturali del paese al quale apparterrà. Avrà il loro statuto personale in Francia e profitterà del beneficio dei trattati che stabiliranno la reciprocanza pel godimento dei diritti civili (art. 11). Ma se il francese non acquista una nuova patria, diviene straniero dovunque; non può invocare più l'articolo 11 nè l'art. 3. Il suo statuto sarà regolato dalla legge del suo domicilio (1).

La legislazione francese trattava, in certi casi, il francese che rinunciava alla patria con grande rigore e anche con ingiusta severità. Tutte queste disposizioni eccezionali, i decreti del 1809 e del 1811, l'art. 21 del codice civile, sono abrogate nel Belgio. Noi non abbiamo conservato che le disposizioni che sono favorevoli al francese emigrato. I suoi figli possono sempre riacquistare la cittadinanza francese (art. 10); egli stesso può ricuperarla facilissimamente, mentre lo straniero ottiene raramente la grande naturalizzazione. A questo riguardo, i francesi che hanno perduto la loro nazionalità sono stranieri privilegiati.

§ 3. — *In qual modo i francesi che hanno perduto la nazionalità la riacquistano.*

N. 1. - Condizioni.

392. La legge permette a coloro che han perduto la nazionalità di riacquistarla. Siccome la perdita della cittadinanza

(1) Vedi retro, n. 86.

francese è congiunta a un fatto volontario, e più o meno riprensibile, si potrebbe credere che il legislatore avesse dovuto assimilare completamente il francese che l'ha perduta allo straniero, e costringerlo, per conseguenza, a chiedere la naturalizzazione. Il codice civile non ha ammesso questa assimilazione che per coloro la cui condizione è la più sfavorevole, pei francesi che prestano servizio militare in paese straniero senza autorizzazione del governo. Negli altri casi la legge si mostra molto più favorevole ai francesi i quali hanno perduta la nazionalità che non agli stranieri. Qual'è la ragione di questo favore? Si legge nell'esposizione dei motivi fatta da Boulay: « Se si può supporre che un francese perde volontariamente la sua nazionalità, si deve supporre, a maggior ragione, ch'esso avrà desiderio di riacquistarla dopo averla perduta, e allora la patria non dev'essere sensibile al suo pentimento? non deve essa riaprirgli il suo seno, allorquando è assicurata della sua sincerità? *Esso non dev'essere più ai suoi occhi uno straniero, ma un figlio che rientra nella sua famiglia* » (1).

Può dirsi per ciò che il francese, il quale ha perduto la nazionalità, la riacquista di pieno diritto per la sua sola volontà? La legge non accorda questo favore che ai figli, perchè non v'ha alcuna colpa da rimproverar loro (art. 10). Quanto ai genitori, essa li distingue in parecchie categorie, secondo che la loro condizione è più o meno favorevole.

393. Coloro che perdono la cittadinanza francese per la naturalizzazione, per l'accettazione di funzioni civili o per la residenza stabilita in paese straniero senza intenzione di far ritorno, possono *sempre riacquistarla*, dice l'art. 18, rientrando in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore, e dichiarando che vogliono stabilirvisi e che rinunciano a ogni distinzione contraria alla legge francese. Essi possono *sempre* riacquistarla in ogni tempo; il codice non fissa loro alcun termine, e non poteva fissarne alcuno, poichè ciò dipende dalle circostanze. Esigere che i francesi emigrati entrassero in Francia entro un termine fatale sarebbe stato il più delle volte come privarli del favore che la legge ha voluto loro accordare. Essi devono sottostare a condizioni le quali non dipendono tutte dalla loro volontà.

Anzitutto debbono rientrare in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore. L'indulgenza, dice Treilhard, non deve essere cieca; non bisogna che il ritorno di questi francesi divenga un fomite di torbidi nello Stato; il governo prenderà in considerazione la loro condotta e i loro sentimenti segreti (2). Come bisogna intendere quest'*autorizzazione?* I francesi divenuti stranieri debbono ottenere delle patenti di naturalità? Così si faceva

(1) Locré, t. I, p. 427, n. 24.
(2) Treilhard, seconda *Esposizione dei motivi* (Locré, t. I, p. 469, n. 13).

nell'antico diritto, ma il codice Napoleone non l'esige più; tutto ciò che esso vuole gli è che i francesi divenuti stranieri chiedano all'imperatore l'autorizzazione di rientrare in Francia; il governo può accordarla o rifiutarla. In questo senso, dipende da esso di ridonare la nazionalità a coloro che l'hanno perduta. Se rifiuta l'autorizzazione, ciò non impedirà che i francesi divenuti stranieri rientrino in Francia, ma resteranno stranieri; come tali, il governo può espellerli, e già s'intende che, nella loro qualità di stranieri, sono privati del godimento dei diritti civili.

Le altre condizioni dipendono dalla sola volontà dei francesi divenuti stranieri. Essi debbono dichiarare che vogliono fissarsi in Francia. Il codice non dice ove devono fare questa dichiarazione. Per analogia di ciò ch'è prescritto per i figli, di cui nell'art. 9 (1), bisogna ritenere che dovranno farlo nel comune del luogo ove vogliono stabilirsi. Essi debbono anche dichiarare che rinunciano a ogni distinzione contraria alla legge francese. Questa dichiarazione era prescritta in forza dell'abolizione dei *titoli* di nobiltà decretata dall'Assemblea costituente. In seguito i titoli sono stati ristabiliti, ma la nostra costituzione aggiunge (art. 75) che non può esservi annesso alcun privilegio. La dichiarazione prescritta dall'art 18 ha dunque sempre uno scopo, quello cioè che il belga, il quale ha perduto la cittadinanza, non possa riacquistatala, giovarsi nel Belgio dei privilegi che i titoli stranieri gli avessero conferito.

394. Il codice Napoleone trattava con molto maggior rigore il francese che prestava servizio militare presso lo straniero. Anzitutto esso non poteva rientrare in Francia che col permesso dell'imperatore. Questo permesso era indipendente dalle *condizioni* cui doveva sottostare per ricuperare la cittadinanza francese. Infatti, l'art. 21 aggiunge che per ricuperare la sua nazionalità esso deve adempiere le condizioni imposte allo straniero per divenire cittadino. Noi abbiamo già detto che l'articolo 21 è abrogato nel Belgio dalla legge 21 giugno 1865.

395. La donna francese che sposa uno straniero non può riacquistare la sua nazionalità che allorquando il matrimonio è disciolto. Finchè il matrimonio sussiste, sussiste anche l'effetto che ne è la legale conseguenza. La donna non può dunque cambiar di patria durante il matrimonio. L'art. 19 dice: « Se essa diviene vedova, riacquisterà la cittadinanza francese ». Lo scioglimento del matrimonio è la condizione sotto la quale la francese, divenuta straniera pel matrimonio, può riacquistare la sua nazionalità. Quand'anche suo marito acquistasse la cittadinanza francese, essa rimarrebbe straniera. Ciò nell'ipotesi, ben inteso, che il marito abbia cambiato di patria per sua volontà; se fosse in conseguenza d'una cessione di territorio o d'una annes-

(1) Vedi retro, n. 337.

sione, la moglie ridiverrebbe francese come tutti i naturali del paese ceduto o annesso. Così le francesi che hanno sposato dei savoiardi han ricuperato la loro nazionalità d'origine per l'annessione della Savoia alla Francia. È la conseguenza evidente dei principii che abbiamo posti.

Noi diciamo che la donna può ricuperare la cittadinanza francese allorquando il matrimonio sia disciolto. L'art. 19 dice: « Se essa diviene vedova ». Vuol dir ciò che la legge non accorda questo beneficio che alla donna *vedova?* No, certo. La legge prevede la causa generale che discioglie il matrimonio, la morte. V'ha identità di ragione pel divorzio. Se la legge permette alla donna vedova di ricuperare la sua nazionalità, gli è perchè la morte ha sciolto il matrimonio e infranto il legame che le aveva fatto perdere la cittadinanza francese. È lo stesso del divorzio. La moglie divorziata è libera del pari che la moglie vedova. Quindi nulla le impedisce di cambiare di nazionalità e di profittare del beneficio dell'art. 19 (1). La giurisprudenza è d'accordo colla dottrina su questo punto. Ecco dunque un caso in cui i tribunali francesi sono obbligati di riconoscere gli effetti di un divorzio pronunziato all'estero, e quantunque si tratti di una donna già francese e che riacquista la cittadinanza francese. È questa una conferma della dottrina che abbiamo esposto sull'effetto del divorzio pronunziato tra coniugi stranieri (2).

396. In qual modo la donna riacquista la cittadinanza francese? L'art. 19 distingue. Se risiede in paese straniero, deve chiedere l'autorizzazione di rientrare in Francia. È questo il diritto comune per i francesi che hanno perduto e vogliono ricuperare la loro nazionalità (art. 17). Inoltre deve dichiarare che vuole stabilirsi in Francia. In questo primo caso la donna non ricupera la cittadinanza francese di pieno diritto, poichè essa deve dichiarare la sua intenzione; non la ricupera neppure mediante la sua volontà, poichè ha bisogno di un'autorizzazione, che può esserle rifiutata. Ciò sembra rigoroso, a primo aspetto. Non si potrebbe dire che la donna non ha perduta la nazionalità se non pel fatto del matrimonio, e che, cessando la causa, deve cessare anche l'effetto? No, perchè l'effetto che il matrimonio ha prodotto ha dato un diritto alla moglie, essa ha acquistata, almeno in generale, la nazionalità del marito. Quando il matrimonio è disciolto, spetta a lei di vedere se vuol rimanere straniera o ridivenire francese. Se vuole ridivenire francese, cambia di nazionalità, ciò che non può farsi che per una manifestazione di volontà. La legge è dunque in armonia con i principii. Quanto all'autorizzazione dell'imperatore, essa è ri-

(1) La Corte di Lione ha deciso così con sentenza dell'11 marzo 1835 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 167.

(2) Vedi retro, n. 93.

chiesta come condizione generale, per un motivo d'ordine pubblico.

397. Se la donna risiede in Francia, non ha più bisogno, già s'intende, dell'autorizzazione dell'imperatore; il testo è formale. Ma deve fare la dichiarazione che vuole fissarsi in Francia? La quistione è assai controversa. Noi non esitiamo a rispondere affermativamente. Secondo i principii, non v'ha nemmen ragione per dubitarne. Che importa che la donna risieda in Francia od all'estero? Quale influenza può esercitare questo fatto accidentale sulla nazionalità della donna? Il codice non lo prevede che per istabilire in qual caso la donna ha bisogno di un'autorizzazione dell'imperatore per rientrare in Francia. Quanto alla dichiarazione della sua intenzione, essa non ha nulla di comune colla residenza. Questa dichiarazione è necessaria, perchè, allo scioglimento del matrimonio, la donna è straniera. Ricuperando la cittadinanza francese, essa cambia di nazionalità; ora, per cambiar di patria è necessaria una manifestazione di volontà. La donna perde una nazionalità nel tempo stesso che ne acquista un'altra. Perderà ed acquisterà un diritto senza volerlo, e forse suo malgrado? Ecco un'anomalia che non si può certo supporre facilmente nella legge. Ve ne sarebbe anche un'altra, se la donna ricuperasse di pieno diritto la cittadinanza francese. Essa è, per esempio, prussiana pel matrimonio; divenuta vedova, resta prussiana, perchè lo scioglimento del matrimonio non è una causa che faccia perdere la nazionalità. Essa sarà dunque a un tempo prussiana e francese, avrà dunque due patrie. Siffatta anomalia esiste talvolta, ma non bisogna ammetterla leggermente, poichè essa implica un'assurdità. Il testo ci obbliga forse ad ammetterla? Niente affatto; esso esige due condizioni perchè la donna ricuperi la cittadinanza francese. La condizione essenziale è la dichiarazione che essa vuole stabilirsi in Francia; la seconda è la residenza o l'autorizzazione dell'imperatore. La residenza soltanto non basta, essa non tien luogo della dichiarazione della sua intenzione. La legge vuole una manifestazione della volontà, anche nei casi più favorevoli, quelli degli articoli 9 e 10; per la medesima ragione, essa vuole una dichiarazione espressa in un caso meno favorevole, quello della donna vedova.

L'opinione contraria è seguìta più generalmente e dagli autori e dalla giurisprudenza. Si ammette che il testo esige una dichiarazione; ma, si dice, ciò è troppo severo: tutto, in questa materia, deve essere interpretato in favore della nazionalità, dice la Corte di Lione (1). Ciò è vero quando si può far luogo

(1) Sentenza dell'11 marzo 1835 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 167). La Corte di cassazione ha deciso nel medesimo senso, ma senza dare motivi, con sentenza del 19 maggio 1830 (*Ibid.*, n. 245, tit. XVIII, pagina 36).

all'interpretazione. Ma quando la legge è chiara, quando i principii sono evidenti, si farà piegare la legge ed i principii in favore della nazionalità? L'interprete può modificare la legge, renderla indulgente quando essa vuole essere severa? Non è questo trasformare l'interprete in legislatore? Ov'è, dopo tutto, la severità della legge? Essa permette alla donna di ricuperare la cittadinanza francese mercè una semplice dichiarazione della sua volontà. Essa non poteva andare più oltre, nè dichiarare la donna vedova francese di pieno diritto. Chi ci dice, infatti, che questa donna vuole ridivenire francese? Chi ci dice che essa non preferisca di rimanere straniera? Perchè dunque il legislatore le imporrebbe un beneficio che essa sdegna e che ripudierà alla prima occasione, optando per la nazionalità di suo marito, che è anche quella dei suoi figli?

398. I figli maggiori conservano evidentemente la nazionalità del padre. Quanto ai figli minori, si pretende che essi seguono la condizione della madre, che divengono francesi se la madre ricupera la cittadinanza francese (1). Ciò è inammissibile. Sta il principio che il padre non può disporre della nazionalità dei figli, che, allorquando esso cambia di patria per sua volontà, i figli conservano la loro patria d'origine. Ora, la madre cambia di patria per sua volontà quando, allo scioglimento del matrimonio, dichiara che è sua intenzione di stabilirsi in Francia. Ciò risolve la questione. Invano si allegano gl'inconvenienti che possono risultare dal fatto che la madre ed i figli hanno una nazionalità diversa. Queste considerazioni vanno sottoposte al legislatore; l'interprete non ha da preoccuparsene; esso decide secondo i testi ed i principii, e non secondo i vantaggi e gl'inconvenienti. Noi li segnaliamo, ma spetta al legislatore soltanto tenerne conto. Esso non ha dimenticato, d'altronde, di provvedere alla sorte dei figli. Se questi sono nati in Francia, divengono francesi mercè una semplice dichiarazione della loro intenzione fatta dopo raggiunta la maggiore età (art. 9). Se sono nati in paese straniero, possono ancora, giusta l'opinione da noi emessa sull'art. 10, ricuperare la cittadinanza francese, e lo possono sempre, dichiarando che vogliono essere francesi, e stabilendosi in Francia. La legge concede loro adunque un mezzo facile per divenire francesi, ma si guarda bene d'imporre loro una nazionalità che forse non vorrebbero, e che ripudierebbero optando per la nazionalità paterna.

N. XI. — Effetti.

399. A termini dell'art. 20, « gli individui che ricuperano la cittadinanza francese, nei casi contemplati dagli articoli 10,

(1) DUVERGIER, *Collections des lois*, t. III, p. 241, 2.ª edizione.

18 e 19, non potranno valersene se non dopo d'aver adempite le condizioni prescritte da questi articoli e solamente per l'esercizio dei diritti che si sono aperti in loro vantaggio dopo quest'epoca ». È questa un'applicazione del principio che il mutamento di nazionalità non ha effetto che per l'avvenire, che esso non retroagisce. Il principio è generale, e riceve la sua applicazione in tutti i casi che possono presentarsi. Perchè il codice menziona specialmente i casi previsti dagli articoli 10, 18 e 19? Boulay, l'oratore del governo, ce lo dice nell'esposizione dei motivi: « Nell'antico diritto si distinguevano le patenti di *naturalità,* che davano allo straniero la cittadinanza francese, dalle patenti di *dichiarazione* che restituivano questa cittadinanza, o ad un francese che l'aveva perduta, od ai suoi figli; queste patenti di dichiarazione avevano un effetto retroattivo, vale a dire che colui il quale le otteneva era considerato come se non avesse mai abbandonato il territorio ». Ne risultava una gran perturbazione nelle relazioni civili, poichè si ritornava sulla divisione delle successioni aperte al tempo in cui uno dei successibili, divenuto straniero, non aveva potuto succedere. Lo scopo dell'art. 20 è di far cessare questo abuso. Ecco perchè esso non si esplica che sopra i casi i quali avevano dato luogo alla distinzione che vuole proscrivere. Esso non dice nulla del francese che ha prestato servizio militare all'estero, perchè, giusta il sistema del codice, non poteva esservi dubbio sulla sua condizione: assimilato interamente agli stranieri, esso non ridiveniva francese che mediante la naturalizzazione; ora la naturalizzazione non è mai retroattiva.

Vi ha tuttavia una eccezione al principio di cui l'art. 20 consacra un'applicazione. Essa concerne coloro i quali, al tempo della cessione d'un territorio, *conservano* la loro nazionalità pel beneficio di una legge di favore. Noi abbiamo già menzionata questa eccezione. Ne risulta che coloro i quali profittano di questo beneficio sono considerati come se fossero stati sempre francesi; donde segue che i loro figli sono francesi (1).

400. L'art. 20 dice che coloro i quali riacquistano la cittadinanza francese non possono giovarsene che per l'esercizio dei diritti che si sono aperti in loro vantaggio dopo che hanno adempite le condizioni le quali sono loro imposte dalla legge. Se dunque fossero stati esclusi da una successione in causa della loro qualità di stranieri, non potrebbero ritornare sulla divisione. Ma, per contrario, essi possono giovarsi, pel passato, della loro qualità di stranieri. Così la donna francese, divenuta

---

(1) Così fu deciso dalla Corte di cassazione del Belgio per i Belgi che han conservato la loro nazionalità in virtù della legge del 4 giugno 1839 (sentenza del 6 luglio 1863, nella *Pasicrisie,* 1864, 1, 149), e per gli abitanti delle provincie settentrionali dell'antico regno dei Paesi Bassi che hanno ottenuto la naturalità per la legge del 22 settembre 1835 (sentenza del 19 giugno 1865, nella *Pasicrisie,* 1865, 1, 380).

straniera pel matrimonio ha potuto legittimamente divorziare, e, dopo il divorzio, può riacquistare la sua nazionalità. Il divorzio è per lei un diritto acquisito che la legge francese deve rispettare, quantunque non ammetta il divorzio. Il principio è dunque più largo di quel che sembra a seconda dei termini dell'art. 20. Il francese divenuto straniero, e che riacquista la sua nazionalità di origine, è regolato in tutto dalla legge straniera pel tempo che rimase straniero.

SEZIONE III. — *Della privazione dei diritti civili in conseguenza di condanna giudiziaria.*

§ I. — *Della morte civile.*

401. La morte civile viene dall'antico diritto. Si legge nelle conclusioni dell'avvocato generale Gilbert che « essa è lo stato di un uomo reciso dalla società civile e che non può più contrattare con questa » (1). I giureconsulti che presero parte ai lavori preparatorii del codice erano tutti imbevuti di questa dottrina tradizionale, che il morto civilmente fosse morto agli occhi della legge civile (2). Questo terribile concetto d'un uomo pieno di vita che si presume morto non ripugnava punto ad essi, tanto è grande l'impero dell'abitudine sull'animo dei legisti. Ascoltiamo Tronchet: « Agli occhi della legge civile, il morto civilmente non esiste più di colui che è privato della vita naturale; così volere che un uomo, contro il quale è stata eseguita in effigie una pena che arreca la morte civile, non si presuma morto in rapporto ai diritti civili, è volere che un morto sia riguardato come vivente » (3). Ciò sembrava sovranamente assurdo ai logici del Consiglio di Stato: essi non si accorgevano che la loro spaventevole logica era mille volte più assurda. Un vivente è riguardato come morto! Questo è ciò che ripetono a gara tutti gli oratori incaricati d'esporre i motivi di questa atroce finzione.

Nel suo primo discorso Boulay dice: « Quando un individuo ha commesso dei crimini di una gravità tale, che ha disciolto, per quanto era in lui, il corpo sociale, deve esserne reciso per sempre. Esso non può dunque più partecipare ad alcuno dei suoi vantaggi; esso è escluso dalla vita civile, è morto civilmente » (4). I nostri giureconsulti maneggiavano le loro formole come se esse fossero l'espressione della verità assoluta; nessuno si do-

---

(1) DENIZART, alla parola *Mort civile.*
(2) MALLEVILLE, *Analyse raisonnée,* t. I, p. 47.
(3) Seduta del Consiglio di Stato del 6 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, pagina 355, n. 28).
(4) LOCRÉ, tit. I, p. 427, n. 26.

mandava se la ragione, se la coscienza approvassero la dottrina che essi avevano attinta nella tradizione. Treilhard trova l'idea giusta e l'espressione esatta. « Colui, egli dice, che è condannato legalmente per aver disciolto, per quanto era in lui, il corpo sociale, non può più reclamarne i diritti, la società non lo conosce più, essa non esiste più per lui, egli è morto per la società: ecco la morte civile. Perchè proscrivere un'espressione in uso che rende perfettamente ciò che si vuole esprimere, e che coloro medesimi i quali la disapprovano non hanno ancor potuto rimpiazzarla con alcuna espressione equivalente? (1).

402. I legisti sono, per eccellenza, gli uomini della tradizione: ciò spiega il loro accecamento. Se noi v'insistiamo, è perchè essi apprendano a diffidare di sè stessi. Nell'anno IX si usciva da una rivoluzione inaugurata dai piu generosi sentimenti. Nondimeno i giureconsulti, e a preferenza i maggiori, chiudevano il loro cuore alla voce della natura che si rivolta contro l'idea che un uomo vivente sia reciso dalla società civile. Affrettiamoci ad aggiungere che i sentimenti dell'89 trovarono un'eco nel seno del Tribunato, la sola assemblea la quale, sotto il regime consolare, restò fedele allo spirito della rivoluzione. Thiessé, nel suo rapporto, espone le conseguenze che derivano dalla morte civile.

« Un uomo che è morto perde la proprietà di tutti i suoi beni; per la morte legale o civile, esso perderà la proprietà di tutti i suoi beni.

« Un uomo che è morto non può più raccogliere nè trasmettere alcuna successione; la morte civile lo priverà del diritto di raccogliere e di trasmettere alcuna successione.

« Un uomo che è morto non può disporre dei suoi beni, nè riceverne; la morte civile lo priverà della disposizione dei suoi beni.

« Un uomo che è morto non può stare in giudizio; la morte civile lo priverà del diritto di stare in giudizio.

« Un uomo che è morto non può maritarsi; il morto civilmente non si mariterà.

« La morte discioglie il matrimonio; il matrimonio sarà disciolto dalla morte civile ».

È quest'ultima conseguenza che soprattutto ripugnava al Tribunato. « Io non farò, dice Thiessé, l'enumerazione dei mali che risultano dallo scioglimento del matrimonio: l'abbandono della moglie, la miseria dei figli, la disperazione di tutti; sono questi sacrifici che bisogna fare per decreto irrevocabile della natura. Ma uno scioglimento contro natura, uno scioglimento di due esseri viventi che si erano uniti sino all'ultimo sospiro

---

(1) TREILHARD, seconda *Esposizione dei motivi* (LOCRÉ, t. I, p. 469, n. 15).

col più sacro di tutti i legami, quale potere può decretarlo? ove è il suo diritto? ove la necessità? » (1).

403. Il Tribunato fece però un'opposizione irresoluta al primo console: nella sua impazienza, Napoleone l'infranse. Meglio vale l'opposizione, foss'anche ingiusta, che il silenzio o l'adulazione. Fra i logici del Consiglio di Stato e gli animi generosi del Tribunato la posterità ha giudicato, ed è ai tribuni che ha dato ragione. La nostra costituzione abolisce la morte civile, aggiungendo che non può essere ristabilita (art. 26). Scrivendo questa disposizione nel capitolo dei diritti dei Belgi, il Congresso ha osservato che la morte civile viola i diritti dell'uomo, questi diritti eterni, inalienabili ed imprescrittibili che l'Assemblea costituente proclamò nell'89. Anche in Francia, all'epoca della revisione del codice penale, fatta nel 1832, tutti domandarono l'abolizione della morte civile. Essa fu qualificata immorale nel seno della Camera dei deputati, e la Camera dei Pari, quantunque sia l'organo della tradizione, non le era certo più favorevole. Tuttavia non fu che dopo una nuova rivoluzione che la legge del 31 maggio 1854 ne pronunziò l'abolizione. Noi siamo lieti di non dover commentare la legge barbara che bruttava il codice Napoleone.

§ 2. — *Dell'interdizione legale.*

404. Il nostro nuovo codice penale mette fra le pene criminali e correzionali l'interdizione di certi diritti civili e politici (art. 9 della legge dell'8 giugno 1867). L'interdizione è ora perpetua ed assoluta, ora temporanea e parziale. Ogni sentenza di condanna alla pena di morte od ai lavori forzati deve pronunciare contro il condannato l'interdizione a perpetuità dei diritti civili determinati dalla legge; esso non può più far parte di un consiglio di famiglia, nè essere tutore se non dei suoi figli, nè consulente giudiziario, nè amministratore provvisorio; non può essere perito, testimonio istrumentario o mallevadore negli atti, non può deporre in giudizio altrimenti che per darvi semplici schiarimenti.

Quando le Corti d'assise condannano il prevenuto alla reclusione o alla detenzione, possono interdire l'esercizio di questi diritti, in tutto o in parte, sia a perpetuità, sia per un periodo da dieci anni a venti anni (articoli 31 e 32).

Può esservi interdizione anche in materia correzionale, ma essa è sempre temporanea, e non può essere pronunciata che per un periodo da cinque a dieci anni; essa può, del resto, essere totale o parziale (art. 33).

Noi ci limitiamo a queste osservazioni sommarie, non formando questa materia oggetto del nostro trattato.

---

(1) Rapporto fatto da Thiessé (Locré, t. I, p. 444, n. 10 e 11).

CAPITOLO II.

DEGLI STRANIERI.

§ 1. — *Degli stranieri non domiciliati.*

N. 1. - Principio generale.

405. L'art. 11 dispone: « Lo straniero godrà in Francia dei medesimi diritti civili ai quali sono o saranno ammessi i Francesi, in virtù dei trattati, dalla nazione a cui lo straniero apparterrà ». Quale è il senso di questa disposizione? Essa è oggetto d'una viva controversia. Noi crediamo dover soffermarvici perchè sono in quistione i principii sull'interpretazione delle leggi; ciò che ne fa una quistione capitale. È perchè non sono ancora fissati questi principii che regna una grande incertezza nella dottrina; se si arrivasse a fissarli, molte controversie scomparirebbero. A nostro avviso, l'art. 11 consacra la distinzione tradizionale dei diritti in diritti civili e naturali; esso riconosce implicitamente allo straniero il godimento dei diritti naturali, ma gli ricusa i diritti civili, e non glieli accorda che sotto la condizione d'una reciprocità stabilita dai trattati. Se non vi sono trattati, lo straniero non gode dei diritti civili; il principio è dunque, ch'esso non ne ha il godimento. Questa opinione, che è seguita dalla maggior parte degli autori e dalla giurisprudenza, s'appoggia sul testo e sullo spirito della legge.

È vero, come dice Merlin, che il testo non è concepito in termini restrittivi: l'art. 11 non dice che lo straniero non godrà in Francia *che* dei diritti civili accordati ai Francesi nel suo paese da un trattato; esso dice che i diritti civili, che sono accordati ai Francesi in un paese straniero da una convenzione internazionale, sono per ciò stesso conferiti agli abitanti di questo paese. E non v'ha nel codice altra disposizione ch'escluda formalmente gli stranieri dal godimento dei diritti civili. Laonde Merlin incominciò col concludere che non bisognava intendere l'art. 11 in senso restrittivo. Ma questo grande giureconsulto, d'una mente sì logica, non fu egli stesso soddisfatto di questa argomentazione. Egli si domandò che significasse l'art. 11, se non significava che lo straniero non gode, per principio, dei diritti civili, e fu obbligato di confessare che non trovava in questa disposizione che un senso ch'egli chiama sciocco. Infatti, bisognerebbe tradurlo come segue: « I trattati che regolano i diritti civili, di cui i Francesi e gli stranieri debbono

godere rispettivamente nei loro paesi, saranno eseguiti secondo la loro forza e tenore ». Ora, dice Merlin, conveniva che una disposizione così sciocca (ci si permetta questo termine) fosse inserita nel codice civile? (1).

Merlin ritornò sulla sua opinione. Egli trova nel codice Napoleone altri testi che non lasciano alcun dubbio sul pensiero del legislatore. Prima di tutto l'art. 13, che porta: « Lo straniero che sarà stato ammesso, per l'autorizzazione dell'imperatore, a stabilire il suo domicilio in Francia, vi godrà di tutti i diritti civili ». Questa disposizione suppone necessariamente che lo straniero non domiciliato non gode dei diritti civili; è dunque in questo senso che bisogna intendere l'art. 11. Esso esclude implicitamente gli stranieri dal godimento dei diritti civili, solo perchè subordina questo godimento ai trattati: i trattati sono una condizione perchè lo straniero goda dei diritti civili; mancando questa condizione, lo straniero non ne gode. L'art. 8 conduce alla medesima conclusione; esso dice che ogni francese godrà dei diritti civili. Non equivale ciò a dire che lo straniero non ne godrà, che non ne godrà almeno che sotto certe condizioni? E quali sono queste condizioni? Esse sono determinate dagli articoli 11 e 13. Lo straniero gode dei diritti civili in due casi: anzitutto, in virtù dei trattati di reciprocanza: in secondo luogo, in virtù dell'autorizzazione che ottiene di stabilire il suo domicilio in Francia. Dunque, all'infuori di questi due casi, esso non ne gode (2).

Aggiungiamo a questi testi l'intitolazione della sezione prima del capitolo II. Vi si legge che i Francesi sono privati dei diritti civili per la perdita della cittadinanza francese. Ciò risultava già dall'art. 8: dire che ogni francese godrà dei diritti civili, è dire certamente che, se il francese perde la sua nazionalità, perde per ciò stesso il godimento dei diritti civili che vi è annesso, come pure che lo straniero non ha il godimento dei diritti civili. È così che l'oratore del governo spiega il pensiero della legge. « Se, dice Boulay, il godimento dei diritti civili risultante dalla legge francese è un attributo inerente alla qualità di francese, la privazione di questi diritti dev'essere una conseguenza naturale della perdita di questa qualità. Il francese che ha cessato di esserlo non fa più parte della famiglia francese; esso non è più, relativamente a questa, che uno straniero » (3). È dunque perchè è straniero che il francese il quale perde la sua nazionalità non gode dei diritti civili. È difficile dire più chiaramente che lo straniero non ha questo godimento.

---

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Étranger,* § 1, n. 8.

(2) MERLIN, *Questions de droit,* alla parola *Propriété littéraire,* § 2 (t. XII dell'edizione in-8, p. 191, nota 1).

(3) BOULAY, *Esposizione dei motivi* (LOCRÉ, t. I, p. 426, n. 20).

406. L'art. 11 può avere un altro senso oltre quello che risulta dagli articoli 8 e 13 combinati con la sezione prima del capitolo II? Valette dice che non bisogna intendere le parole *diritti civili* nel senso che davano loro i Romani, come significanti i diritti che risultano dalle leggi particolari a ciascun popolo. Questo è il significato primitivo di queste parole; ma, aggiunge Valette, nell'uso dei popoli moderni, si prendono le parole *diritti civili* nel senso di *diritti privati*. In questo senso, si oppongono i diritti *civili* ai diritti *politici*. Ogni francese non gode dei diritti politici, ma ogni francese gode dei diritti privati. Ecco ciò che dice l'art. 8. Quale sarà la condizione dello straniero? Il codice non dice formalmente ch'esso gode dei diritti civili, e non l'esclude inoltre da questo godimento. « Per un vago sentimento del diritto delle genti europeo, dice Valette, si è supposto lo straniero in possesso dei diritti civili o privati, senza attribuirglieli espressamente » (1). Qual'è la conclusione di questa interpretazione? Demangeat l'ha formulata nettamente: « Lo straniero gode in Francia dei medesimi diritti privati che il francese, ad eccezione di quelli che gli sono negati per le disposizioni espresse della legge » (2). Quanto a quei diritti da cui sono esclusi da un testo formale, essi non ne ottengono il godimento che mediante un trattato di reciprocanza o per l'autorizzazione di fissare il loro domicilio in Francia.

Noi crediamo che questa interpretazione è una di quelle per le quali si vuole correggere il codice, e che condurrebbe realmente a un nuovo codice civile. Gli articoli 8, 11 e 13 non dicono ciò che si fa loro dire. Essi parlano dei diritti civili in termini generali, e non di alcuni diritti civili; non applicandoli che ai diritti civili da cui un testo espresso esclude gli stranieri, si altera la legge; di generale che essa è la si rende speciale. Ciò non è tutto. Merlin dice che l'art. 11, inteso come s'interpreta nell'opinione che combattiamo, sarebbe una sciocchezza: bisogna dire che tutto diviene sciocco nel codice così spiegato. Che! il legislatore prende cura di dichiarare che ogni francese gode dei diritti civili (ciò che è una verità talmente evidente che il legislatore poteva a rigore dispensarsi di formularla) e nulla direbbe degli stranieri! si limiterebbe a *supporre* ch'essi godono per principio dei diritti civili! Che! il legislatore direbbe ciò ch'era inutile di dire, e non direbbe nulla di ciò che bisognava dire! Esso troverebbe necessario accordare il godimenfo dei diritti civili ai Francesi, e si riferirebbe, quanto agli stranieri, a un vago sentimento del diritto delle genti europeo! Ciò non è

(1) VALETTE in Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 5, nota *a*; pagina 119, nota *a*.
(2) DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 260.

ammissibile, perchè supporrebbe negli autori del codice un difetto di logica che noi non possiamo loro imputare. La legge vuol dichiarare quali persone godono dei diritti civili. Essa comincia col dire che i Francesi hanno questo godimento; quindi doveva forzatamente dire qual'è la condizione degli stranieri, se godono dei diritti civili o se non ne godono. Il codice consacra infatti due articoli agli stranieri. E si vuole che in questi due articoli esso abbia serbato il silenzio sopra una materia che voleva, che doveva regolare!

407. Quando si è obbligati ad alterare i testi, questi stanno contro coloro che li alterano. Se lasciassero qualche dubbio, bisognerebbe spiegarli mercè l'intenzione del legislatore, tale quale essa risulta dai lavori preparatorii. Ebbene, noi affermiamo, con i testi alla mano, che gli autori del codice hanno inteso di consacrare la dottrina tradizionale, la quale non accorda il godimento dei diritti civili che ai cittadini e ne esclude gli stranieri. Si nega ciò che noi affermiamo. Si pretende che gli stranieri sono stati ammessi presso i popoli cristiani a godere di tutti i diritti privati, eccetto alcuni diritti che sono stati loro tolti, sia per l'avarizia, sia per la diffidenza dei governanti; ma queste derogazioni, si dice, confermano il diritto comune. Si ammette che la distinzione di diritti civili e di diritti naturali si trova nei giureconsulti francesi, e che questi ne deducono la conseguenza che i cittadini soltanto godono dei diritti civili, mentre gli stranieri non godono che dei diritti naturali; ma non si ammette la loro testimonianza perchè erano imbevuti delle tradizioni romane (1). È d'uopo, si dice, consultare, non le opinioni del tale o tal'altro giureconsulto, ma i fatti; ora, nella realtà delle cose, gli stranieri non erano esclusi dai diritti civili; non v'era eccezione che pel diritto di albinaggio, e neppure questa derogazione al diritto comune era generale (2).

Ci sembra che la quistione sia mal posta. Di che si tratta? Dell'intenzione del legislatore. Bisogna dunque vedere qual'è la dottrina ch'esso ha inteso sanzionare. Ora, tutti sanno che gli autori del codice Napoleone hanno attinto i principii da loro consacrati in Pothier e in Domat. Sono questi i veri autori del codice. Essi ci diranno qual'era, nel pensiero del legislatore francese, la dottrina dominante sulla condizione degli stranieri. Noi vedremo in seguito se il Consiglio di Stato, se il Tribunato, se il Corpo legislativo hanno voluto riprodurre questa dottrina tradizionale.

408. Pothier dice che, fra le persone che sono membri della società civile, si distinguono i francesi naturali o naturalizzati, i quali godono dei diritti di cittadino, e gli stranieri che si chia-

---

(1) VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du code Napoléon*, p. 408 e seg.. 412.

(2) ARNTZ, *Cours du droit civil français*, chap. II, § 2, n. 30.

mano *aubains*, i quali godono solamente dei diritti che il *diritto delle genti* ha stabiliti, ma non di quelli che le *leggi civili* non hanno stabiliti che per i cittadini, come sono i diritti di successione attiva e passiva, di testamento, di ricupero o riscatto per ragione di parentela (1), ecc. Ciò è chiaro come la luce: i Francesi soltanto godono dei diritti civili, gli stranieri non ne godono punto; essi non hanno che il godimento dei diritti i quali hanno la loro origine nel *diritto delle genti*, o ciò che noi chiamiamo il diritto naturale. Il diritto d'albinaggio figura nelle parole di Pothier: è forse per eccezione? È, al contrario, come esempio ch'egli cita i diritti di successione, dunque come applicazione del principio. Pothier lo dice formalmente altrove: « Quantunque gli stranieri possano fare ogni sorta di contratti tra vivi, quantunque possano disporre, per questo modo, dei beni che hanno in Francia, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, non possono però disporre dei beni che hanno in Francia, sia per testamento, sia per ogni altro atto in causa di morte, in favore di stranieri o di regnicoli; gli stranieri non possono neppure ricevere nulla, sia per testamento, sia per qualsivoglia altro atto in causa di morte quantunque siano capaci di donazioni tra vivi ». Pothier domanda qual'è la ragione di questa differenza fra gli atti in causa di morte e gli atti tra vivi. Egli risponde: « Gli atti tra vivi sono di *diritto delle genti;* gli stranieri godono di tutto ciò ch'è di diritto delle genti; essi possono dunque fare ogni sorta d'atti fra vivi. La facoltà di testare attiva e passiva è, al contrario, di *diritto civile;* gli stranieri non godono di ciò che è di diritto civile; essi non possono dunque avere questa facoltà o questo diritto (2).

409. Domat è egualmente esplicito; il giureconsulto filosofo insegna la stessa dottrina che il giureconsulto di professione. Si può dire di Pothier che è imbevuto dei principii del diritto romano; ma come fare questo rimprovero a uno scrittore che parla in nome del diritto naturale? Domat chiede se è vero che il diritto d'albinaggio fosse una derogazione al diritto comune: « Vi ha una successione che appartiene al re; è quella degli stranieri... Il diritto a queste successioni si chiama diritto d'albinaggio, ed è fondato *non solo sul diritto romano, ma sull'ordine naturale che distingue la società degli uomini in diversi Stati, regni o repubbliche.* Poichè è una conseguenza *naturale* di questa distinzione, che ciascuna nazione, ciascuno Stato regoli con le proprie leggi ciò che può esservi nelle successioni e nel commercio dei beni, che dipendono da leggi arbitrarie, e che vi si distingua la condizione degli stranieri da quella degli originarii. Così essi non succedono ad alcuno, e alcuno non succede ad essi, neppure i loro prossimi, affinchè i beni del regno

---

(1) POTHIER, *Introduction aux coutumes*, chap. II, § 2, n. 39.
(2) PHOTIER, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sez. II.

non siano distratti e non passino ai sudditi d'altri principi » (1). Come si vede, Domat contraddice assolutamente l'opinione che noi combattiamo. Si pretende che, nell'antico diritto, gli stranieri non erano esclusi dalle successioni che per derogazione al diritto comune. Domat, del pari che Pothier, dice che il diritto d'albinaggio è una conseguenza dell'esclusione generale da ogni diritto civile che colpiva gli stranieri.

410. Questa esclusione era un'opinione isolata, condivisa solamente dai giureconsulti nutriti dello studio del diritto romano, e che lo riverivano come ragione scritta? Non v'ha, nelle parole che noi abbiamo trascritte, una sola che possa far supporre che vi fosse un dubbio od una controversia qualunque su questo punto; non era una quistione, era un assioma. Pothier e Domat non fecero che formulare un principio che tutti riconoscevano. Noi abbiamo un trattato speciale sul diritto d'albinaggio, opera di un sapiente legista. Se vi fosse stato il minimo dubbio sulla natura del diritto d'albinaggio, Bacquet lo avrebbe detto; invece egli si esprime con una certezza assoluta, distinguendo, come fa Pothier, fra gli atti tra vivi che sono di diritto delle genti e gli atti in causa di morte che sono di diritto civile. Il cittadino solo gode di questi ultimi, lo straniero non ha che il godimento dei diritti che scaturiscono dal diritto delle genti (2). È in questo senso che si diceva che lo straniero viveva libero in Francia, e che moriva servo: esso viveva libero, perchè godeva del diritto delle genti: moriva servo, perchè non aveva, più dello schiavo, il godimento dei diritti civili (3). È tanto vero ch'era questa la dottrina universale, che essa si trova nelle opere le quali non fanno che riprodurre le opinioni correnti. Si legge nel *Répertoire* di Guyot, divenuto sì celebre dopo che Merlin v' ha aggiunto il suo nome: « Ogni straniero è capace, nel regno, degli atti del diritto delle genti. Esso può liberamente vendere, permutare, e in generale stipulare ogni sorta di contratti che questo diritto autorizza, ma non può disporre nè ricevere per causa di morte. Gli atti del *diritto civile* gli sono vietati, e siccome la capacità per le successioni, attive e passive, è di diritto civile, ne risulta che ogni straniero n'è escluso. Questa incapacità è uno dei principali fondamenti del diritto d'albinaggio » (4).

411. Tale era la dottrina nell'antico diritto: era considerato come un assioma che lo straniero non godeva dei diritti civili: donde si traeva la conseguenza ch'esso non poteva avere il diritto di successione. Era questa l'applicazione più importante,

---

(1) DOMAT, *Des lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. IV, parte I', § 13 (p. 345 dell'edizione in-foglio del 1777).
(2) BACQUET, *du Droit d'aubaine*, parte III, cap. XXVII, n. 4; cap. XVIII, n. 3; parte IV, cap. XXXI, n. 2.
(3) BACQUET, *du Droit d'aubaine*, cap. XVIII, n. 4.
(4) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Aubaine*, n. 4.

più usuale del principio, ma non era la sola. Il principio sussistette anche quando l'Assemblea costituente abolì il diritto d'albinaggio. Ecco perchè si fece soprattutto quistione del diritto d'albinaggio nella discussione del codice civile al Consiglio di Stato e al Tribunato. Era d'uopo mantenere il decreto dell'Assemblea nazionale? o bisognava ritornare al rigore degli antichi principii, moderandoli col sistema della reciprocanza? Tale era l'oggetto della discussione. Tutti coloro che vi presero parte, i partigiani come gli avversarii del decreto dell'89, erano imbevuti del principio che il diritto d'albinaggio fosse una conseguenza della dottrina tradizionale che escludeva lo straniero da ogni partecipazione al diritto civile: ristabilire l'incapacità di succedere era ritornare allo spirito esclusivo dell'antica giurisprudenza: mantenere l'abolizione del diritto d'albinaggio era adottare una dottrina nuova la quale, fondandosi sulla fraternità dei popoli, domandava l'eguaglianza dei cittadini e degli stranieri, almeno pel godimento dei diritti privati. Si nega che tale sia il senso dei lavori preparatorii. Bisogna dunque insistervi.

Citiamo anzitutto la disposizione del progetto che servì di base alla discussione: « Ogni persona nata da un francese e in Francia gode di tutti i diritti risultanti dalla legge civile francese, a meno che non ne abbia perduto l'esercizio per le cause di cui in appresso ». Quali erano queste cause? La perdita della cittadinanza francese che assimilava il cittadino francese allo straniero. Il progetto dunque definiva i diritti civili: erano quelli che risultavano dalla legge civile francese. Esso li annetteva alla qualità di francese, e non li concedeva allo straniero che in due casi: anzitutto in caso di reciprocanza, e poi quando lo straniero facesse dichiarazione di voler fissarsi in Francia, ciò ch'era il preliminare dell'acquisto della cittadinanza francese. Il progetto consacrava dunque l'antica dottrina, col temperamento della reciprocanza e con la facilità accordata allo straniero di divenire francese.

Portalis ci spiega lo spirito del progetto. Esso non ripudia i principii di fraternità che avevano ispirata l'Assemblea costituente. « Noi riconosciamo, egli dice, con tutti i filosofi, che il genere umano non forma che una sola famiglia; ma la troppo grande estensione di questa famiglia l'ha obbligata a separarsi in differenti famiglie che han preso il nome di popoli, di nazioni, di Stati, e i cui membri si ravvicinano mercè legami particolari, indipendentemente da quelli che li uniscono al sistema generale. Da ciò, in tutte le società politiche, la distinzione di nazionali e di stranieri ». Questa distinzione comprende già nella sua essenza l'antica distinzione dei diritti civili e dei diritti naturali, i primi, retaggio dei cittadini, gli altri, comuni a tutti gli uomini. « Come cittadini, dice Portalis, non si può appartenere che a una società particolare; si appartiene, come

uomini, alla società generale del genere umano » (1). Resta a sapere se vi sono dei diritti privati proprii dello stato di cittadino. Portalis risponde che vi sono dei diritti privati di cui l'uomo può godere dappertutto, mentre ve ne sono altri di cui il cittadino solo ha, per principio, il godimento » (2). Alcuni filosofi, egli dice, avevano pensato che i diritti civili non dovevano essere negati a nessuno, e che bisognava anzi formare una sola nazione di tutte le nazioni. Questa idea è generosa e grande, ma non è nell'ordine delle affezioni umane. Le affezioni s'affievoliscono generalizzandole: « La patria non è più nulla per colui che non ha per patria che il mondo ». Questo è il linguaggio di Rousseau, questi sono i sentimenti degli antichi, e conducono logicamente ad escludere lo straniero dal godimento dei diritti civili. Portalis lo dice: « L'umanità, la giustizia sono i legami generali della società degli uomini; ma vi sono dei vantaggi particolari *che non sono regolati dalla natura, e che non possono essere resi comuni altrimenti che per effetto della convenzione*. Noi tratteremo gli stranieri come essi tratteranno noi: il principio della reciprocanza sarà verso di essi la regola della nostra condotta e dei nostri riguardi ». Ecco l'esclusione degli stranieri quanto ai diritti che non derivano dalla natura, vale a dire, quanto ai diritti civili. Gli stranieri non hanno dunque che il godimento dei diritti naturali, salvo a conceder loro i diritti civili per via di reciprocanza. È quel che Portalis dice per ultimo: « Havvi nulladimeno diritti i quali non sono interdetti agli stranieri: questi diritti sono tutti quelli che appartengono ben più al *diritto delle genti* che al *diritto civile*, e il cui esercizio non potrebbe essere interrotto senza attentare alle diverse relazioni che esistono fra i popoli » (3).

412. Si negherà, di fronte a queste parole così esplicite, che il progetto di codice civile consacrava la distinzione tradizionale dei diritti fondati sulla *natura* e dei diritti che hanno il loro principio nella *legge civile*, ch'esso non attribuiva agli stranieri che il godimento dei primi, rifiutava loro gli altri, a meno che non vi fosse reciprocanza? Ciò sarebbe negare la luce del giorno. Ora, ci è d'uopo vedere se le idee di Portalis furono ammesse dal Consiglio di Stato, approvate dal Tribunato e sanzionate dal Corpo legislativo. Il Consiglio di Stato adottò il progetto, facendovi alcuni cambiamenti di parole che non toccavano i principii. Roederer, avendo criticato la disposizione che ordinava al giudice di pronunciare anche nel silenzio della legge, domandò che farebbero i tribunali, se il codice civile non con-

(1) PORTALIS, Esposizione generale del sistema del codice civile nella seduta del Corpo legislativo del 3 frimaio anno X (LOCRÉ, t. I, p. 191, n. 12).

(2) Discorso preliminare del progetto di codice civile della Commissione (LOCRÉ, t. I, p. 176, n. 75).

(3) Esposizione generale del sistema del codice civile (LOCRÉ, t. I, p. 191, n. 13).

tenesse alcuna disposizione sulla successibilità dello straniero; deciderebbero essi da legislatori una quistione politica così importante? La difficoltà, rispose Tronchet, non esiste. Il giudice deciderà secondo i principii generali sullo stato dello straniero. E quali sono questi principii? Lo straniero, non godendo dei *diritti civili*, è per ciò stesso incapace di succedere (1). Ricordiamoci che Tronchet era presidente della Corte di cassazione, e che aveva anche presieduta la Commissione incaricata di presentare un progetto di codice civile. Egli è dunque, per più d'un titolo, l'organo dell'opinione generale. Noi possiamo conchiudere da queste parole che la dottrina tradizionale dominava nel Consiglio di Stato. Ciò fu constatato dallo stesso Roederer nel rapporto ch'egli fece sulla situazione della Francia riguardo agli altri Stati relativamente al diritto d'albinaggio. Dopo aver detto che nel medio evo gli stranieri erano assimilati ai servi, soggiunge: « Verso il secolo XIV questi rigori s'addolcirono; gli stranieri furono dichiarati capaci in Francia degli *atti del diritto delle genti*, come acquistare e possedere, ma non degli atti del *diritto civile*, come ereditare, testare. Fu posto il principio che lo straniero viveva libero in Francia e moriva servo » (2).

413. È secondo questo spirito che Boulay scrisse la prima esposizione dei motivi dell'art. 11. Egli cominciò dal constatare che i Romani escludevano gli stranieri dai diritti civili egualmente che dai diritti politici. L'Assemblea costituente ammise un sistema affatto opposto. Questi sono i due estremi, dice l'oratore del governo; nessuno dei due ci conviene. Quello dell'esclusione assoluta non è attuabile nei nostri Stati moderni; tuttavia, se bisognasse scegliere, Boulay lo preferirebbe al cosmopolitismo dell'Assemblea costituente, perchè è più adatto a nutrire nel cuore dei cittadini l'amor della patria. Vi ha un altro sistema che è preferibile, quello della reciprocanza. « Che vi ha mai di più ragionevole, di più conforme alle sane idee della politica, del diritto delle genti e della natura che accordare agli stranieri i medesimi diritti civili che essi accorderanno a noi? Che di più proprio a favorire lo sviluppo delle idee filantropiche e fraterne che dovrebbero stringere fra loro le diverse nazioni? » (3).

Il principio dalla reciprocanza è stato consacrato dal codice; si vede quale ne è la portata. Esso non s'applica, come si pretende, a certi diritti civili, ma a tutti. Là ove non v'ha reciprocanza, lo straniero è escluso dal godimento dei diritti civili. Ciò non gl'impedirà di godere dei diritti privati che si suole rannodare al diritto delle genti o al diritto naturale. Boulay lo

(1) Seduta del 14 termidoro anno IX (LOCRÉ, t. I, p. 229, n. 20).
(2) LOCRÉ, *Législation civile*, t. I, p. 382.
(3) BOULAY, *Esposizione dei motivi* (LOCRÉ, t. I, p. 426, n. 17).

riconosce. « Noi ammettiamo, egli dice, che lo straniero può possedere degl'immobili in Francia, perchè comprare e vendere sono contratti i quali, secondo l'uso ordinario, appartengono più ancora al *diritto delle genti* che al *diritto civile* » (1). Ecco la dottrina tradizionale.

414. Noi la ritroviamo nel rapporto che Siméon fece al Tribunato. La maggioranza dei tribuni erano devoti ai principii generali che furono proclamati nei bei giorni dell'89. Noi diremo più avanti quali erano le loro aspirazioni; pel momento ci limitiamo a constatare questo fatto decisivo, cioè che tutti i tribuni, tanto quelli che combattevano il progetto del Consiglio di Stato come coloro che vi erano favorevoli, l'intendevano in senso restrittivo, come escludente gli stranieri dalla partecipazione ai diritti civili. Siméon espone perfettamente questa teoria: « Uno Stato non è altra cosa che un'unità di leggi e di patria, mercè la quale i *cittadini* uniti partecipano degli effetti *civili* del diritto della nazione; coloro che formano quest'unità sono i *soli* che possono reclamare i *vantaggi* ch'essa arreca. Ciò che caratterizza essenzialmente il *diritto civile* è dunque d'esser proprio e particolare a un popolo e non già comune alle altre nazioni; esso non è comune, perchè gli uomini congiunti a una terra straniera, cittadini o sudditi nella loro patria, non possono essere contemporaneamente cittadini altrove. Sottomessi a una dominazione straniera, essi sono regolati dalla *legge civile* del loro paese, vale a dire dal *diritto proprio e particolare della nazione di cui son membri;* non possono, per conseguenza, essere retti da un altro *diritto civile, proprio e particolare a un'altra nazione* ».

Un giureconsulto romano non avrebbe tenuto altro linguaggio. Si pretende che nei lavori preparatorii non si è parlato che del diritto d'albinaggio. No, non si tratta del tale o tale altro diritto civile, ma di tutti i diritti civili; se si parla particolarmente del diritto d'eredità, è perchè questo diritto tiene il primo posto fra i diritti civili, ma è sempre per l'applicazione d'un principio generale che lo straniero ne è dichiarato incapace. « Le successioni, dice il relatore del Tribunato, essendo di diritto civile, perchè è la legge che le conferisce o che permette disporne, la *capacità di succedere è uno degli effetti principali del diritto civile propriamente detto* ».

Ecco dunque lo straniero escluso dal diritto civile. Ma, continua Siméon, esso godrà del diritto naturale, perchè gli effetti del diritto naturale sono comuni dovunque allo straniero e al cittadino. Per goderne non è necessario esser membro d'una nazione piuttosto che d'un'altra; basta essere uomo. È dal diritto naturale che derivano quasi tutti i contratti. « Gli stranieri possono dunque, *a meno che non vi sia una legge proibi-*

(1) BOULAY, *Esposizione dei motivi* (LOCRÈ, t. I, p. 425, n. 17).

tiva espressa, acquistare o possedere beni, permutarli, venderli, donarli fra vivi ». Così Siméon dice dei *diritti naturali* ciò che certi autori dicono dei *diritti civili*, i quali attribuiscono così agli autori del codice una dottrina affatto contraria a quella che essi professano. Mentre il Tribunato e il Consiglio di Stato dichiarano che lo straniero non gode dei diritti civili, si fa loro dire che lo straniero ne gode; mentre il relatore del Tribunato pone il principio che lo straniero, escluso dai diritti civili, gode solamente dei diritti naturali, salva espressa derogazione scritta nella legge, si fa dire agli autori del codice che lo straniero gode dei diritti civili, salva espressa derogazione. Non è questo alterare la discussione dopo che si è alterato il testo del codice?

415. L'art. 11 diede luogo a lunghe discussioni nel seno del Tribunato. Esse sono state pubblicate (1). Noi ne togliamo alcuni brani relativi alla nostra quistione. Gli avversarii, come i partigiani del progetto, erano d'accordo sopra un punto, cioè sul carattere esclusivo del progetto che subordinava a trattati di reciprocanza il godimento dei diritti civili a profitto degli stranieri. « Se il progetto passa, dice Saint-Aubin, non si potrà ammettere al godimento dei diritti civili uno straniero qualunque, se la nazione a cui esso appartiene non accorda questo godimento ai Francesi residenti sul suo territorio» (2). Infatti, i tribuni che sostenevano il progetto del governo spingevano il principio della esclusione sino alle più odiose conseguenze; essi ritornavano al pregiudizio degli antichi. « Il genere umano, lo so, non è che una grande famiglia, dice Carrion-Nisas. Tutti i popoli sono fratelli, ne convengo, ma sono fratelli le cui contese saranno eternamente soggette alla discrezione del brando e all'arbitrio delle battaglie. Se la pace eterna, se la fratellanza universale sono sogni impossibili a realizzarsi, perchè provocare una imprudente fusione, uno sfrenato mescolamento di popoli durante questi brevi intervalli di pace che sospendono momentaneamente lo stato di guerra, che è disgraziatamente lo stato abituale del globo? Conserviamo invece quel carattere particolare, quell'attitudine nazionale, quei tratti distintivi, la distruzione dei quali è sempre uno dei segni della decadenza degli imperi » (3).

Così lo straniero è un nemico, come dicevano i Romani del tempo delle XII Tavole, e, come tale, senza diritto. Questo era

---

(1) *Archives parlementaires. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises* dal 1800 al 1860, pubblicati da Madival e Laurent, Paris 1864 e seg.

(2) Seduta del Tribunato del 9 nevoso anno IX (*Archives parlementaires*, t. III, p. 336.

(3) Seduta del Tribunato del 3 nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 251).

andare oltre l'intenzione del progetto, ma è certo che, nella convinzione dei tribuni, esso escludeva gli stranieri da ogni diritto civile. « Si è parlato molto del diritto di albinaggio, dice il tribuno Curée, ma non si tratta di questo, si tratta della partecipazione al nostro diritto civile che si vorrebbe concedere a ogni straniero che mette il piede in Francia » (1). La quistione era dunque questa: Lo straniero godrà dei diritti civili in Francia o non ne godrà? I legisti che erano membri del Tribunato si pronunziarono contro lo straniero. Si objettava loro che, se la legge ricusava i diritti civili agli stranieri, doveva almeno definirli ed enumerarli, perchè si potesse distinguerli dai diritti naturali che essa riconosceva loro implicitamente. Grenier rispose che il legislatore lo farebbe appresso nel codice, che esso accorderebbe loro i diritti, i quali, quantunque regolati dalla legge francese, derivavano dal diritto naturale o delle genti; che nel titolo primo bastava porre il principio che li escludeva dai diritti civili (2). Disgraziatamente gli autori del codice non mantennero questa promessa; essi non si spiegano che su alcuni diritti e serbano il silenzio sugli altri. Di qui interminabili controversie.

416. Si sa che l'opposizione dei tribuni sospese per qualche tempo il lavoro della codificazione. Quando il primo console lo riprese, dopo avere annientato il Tribunato, l'articolo 11 fu votato tal quale era stato presentato, con una restrizione di più, cioè che la reciprocanza dovesse risultare dalle convenzioni internazionali. Vi fu una nuova esposizione dei motivi. Treilhard è altrettanto esplicito quanto Boulay. Mente logica, egli pone nettamente la quistione: Lo straniero godrà in Francia della totalità o di una parte dei diritti civili? Sarà egli ammesso a questo godimento senza restrizione, *senza condizione*? O piuttosto non si deve, adottando la regola d'una giusta reciprocanza, *restringere i diritti dello straniero* a quelli di cui uno straniero può godere nel proprio paese? » Quest'ultima soluzione è quella dell'articolo 11; esso dunque è restrittivo. Treilhard lo dice nei termini i più formali. « Il progetto, egli dice, non assicura in Francia allo straniero che i medesimi diritti civili accordati ai Francesi dai trattati della nazione alla quale gli stranieri appartengono » (3). L'oratore del Tribunato si esprime nello stesso senso: esso ripete la distinzione dei diritti in civili, naturali e politici. È certo che i diritti politici non appartengono allo straniero. Gli si debbono concedere i diritti civili? Siffatta quistione, risponde Gary, non può essere risolta che dai

(1) Seduta del Tribunato dell'8 nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 322.

(2) Seduta del Tribunato del 29 frimaio anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 188).

(3) Locré, *Législation civile*, t. IV, pagine 466 e 468, n. 9).

trattati. Ciò vuol dire che i trattati sono la condizione essenziale perche uno straniero goda dei diritti civili (1).

417. C'inganniamo affermando che i lavori preparatorî non lasciano alcun dubbio sul senso restrittivo dell'art. 11? Valette istesso lo confessa. « È vero, egli dice, che in alcune parti dei lavori preparatorii noi troviamo riprodotta la dottrina di Pothier e d'altri autori che distinguono fra il diritto naturale e delle genti e il diritto civile ». In luogo di *alcune* parti, bisogna leggere *tutte* le parti. Alla discussione reale Valette non trova altro da opporre che una discussione immaginaria. « Non bisogna, egli aggiunge, dare a queste opinioni dottrinali di *certi* membri del Consiglio di Stato o del Tribunato un'importanza troppo grande; perchè *molti altri* che han lavorato intorno al codice, o che l'han votato, hanno *potuto* e *dovuto* intendere che i diritti civili ricusati agli stranieri sarebbero unicamente quelli che i testi della legge presenterebbero con questo carattere » (2).

418 Con un simile sistema d'interpretazione si fa dire al codice tutto ciò che si vuole, poichè a dichiarazioni formali si può sempre opporre ciò che altri ha *potuto* e *dovuto* pensare. Ma così il diritto diviene una scienza di fantasia. Noi vorremmo mantenergli il carattere che ha sempre avuto, quello di una scienza positiva. Ecco perchè insistiamo tanto sull'art. 11. Quasi tutti gli autori condividono l'opinione che noi propugniamo (3); e la giurisprudenza si pronuncia nel medesimo senso. La questione si è presentata innanzi alla Corte di cassazione di Francia per uno di quei diritti che il codice non definisce. Il diritto di adottare e di essere adottato è un diritto civile? Il codice enumera tutte le condizioni richieste per la validità dell'adozione, e non menziona il godimento dei diritti civili. Nondimeno la Corte di cassazione ha deciso che uno straniero non poteva essere adottato. Essa si è fondata sull'art. 11, che pone come principio d'ordine pubblico in Francia « che uno straniero non gode dei diritti puramente civili dei Francesi se non in quanto vi sia autorizzato da una legge espressa o da formali trattati ». Questo articolo, dice la Corte suprema, non distingue fra i diversi diritti civili; esso è, al contrario, concepito in termini così generali ed assoluti che li comprende tutti senza eccezione. Così, eccetto i casi previsti dai trattati, lo straniero non è capace nè di godere passivamente di questi diritti, nè di esercitarli attivamente ». La Corte di Digione, alla quale la causa venne rinviata, adottò l'avviso della Corte di cassazione; essa invocò gli articoli 8, 11 e 13, come abbiam fatto noi, e decise che

---

(1) Valette, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*, p. 412.
(2) Locré, *Législation civile*, t. I, pagine 472 e 476, n. 1 e 7.
(3) Vedi le citazioni in Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, numero 46.

queste disposizioni regolavano *nel modo più chiaro* quali sono le persone che godono dei diritti civili; ne risulta che il codice conferisce questo godimento ai Francesi e lo rifiuta agli stranieri. Vi fu un nuovo ricorso. La Corte di cassazione mantenne la sua giurisprudenza, e la consacrò poscia con altre sentenze (1). È questa anche l'opinione che domina nella giurisprudenza delle corti del Belgio (2).

419. Ci è d'uopo dire ancora qualche parola sulle ragioni che si invocano in favore dell'opinione contraria, poichè è precisamente per queste ragioni che noi diamo tanto sviluppo alla quistione del diritto degli stranieri. La vera ragione, per la quale quell'opinione si scosta da un testo chiarissimo e da una discussione più chiara ancora, è perchè il sistema del codice è in opposizione con i sentimenti e le idee dei popoli moderni. È verosimile, dice Valette, che i redattori del codice civile fossero stati, riguardo agli stranieri, più rigorosi dell'antico diritto? (3). Si può credere, dice Demangeat, che il codice metta gli stranieri in una condizione più dura di quella del medio evo? (4). Il rimprovero che si fa al codice è esagerato, ma, siamo giusti, è questa una ragione per alterare un testo chiaro senza avere in proprio favore la volontà del legislatore? La legge è un ritorno verso l'antica barbarie: è un'eco delle XII Tavole, che respingono lo straniero come un nemico. Sia. Sarebbe questa una ragione per sostituire ad una legge barbara una legge nuova che sarebbe fatta dall'interprete? Molte disposizioni vi sono nel codice le quali non sono più in armonia col nostro stato sociale, o che sono contrarie ai principii. Potrà per questo l'interprete modificarle, torturando i testi per imporre ad essi una dottrina che non è quella del legislatore? Questa tendenza esiste in parecchi scrittori; se ci lasciamo trasportare da essa, si finirà coll'avere un nuovo codice civile. Lo faccia pure il legislatore, ma noi contestiamo all'interprete il diritto di farlo. Questo sarebbe un deplorevole sistema, poichè ogni giureconsulto si farebbe legislatore, e, se i giudici facessero altrettanto, avremmo tutti i giorni un nuovo codice.

---

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Adoption*, § 2. Sentenza del 30 novembre 1840 (Sirey, 1844, t. 756), e le sentenze pronunciate in materia di proprietà industriale (Sentenza della Corte di cassazione del 14 agosto 1844, DALLOZ,, 1844, 1, 386-287; dell'11 luglio 1848 (sezioni riunite. DALLOZ, 1848, 1, 140; del 12 agosto 1854, DALLOZ, 1854, 1, 206).

(2) Sentenza della Corte di Gand del 20 gennaio 1849 (*Pasicrisie*. 1849, 2, 58); sentenza della Corte di Bruxelles del 12 dicembre 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 149); sentenza della Corte di Gand del 27 maggio 1854, e la requisitoria di Donny, avvocato generale (*Pasicrisie*, 1855, 2, 330).

(3) VALETTE in Proudhon, *des personnes*, t. I, p. 176.

(4) DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 252.

420. Il sistema restrittivo, si dice, non può essere quello del codice, perchè conduce a conseguenze assurde che niuno ammette; prova che il principio stesso è falso. Infatti, se è vero, come dice la Corte di cassazione, che occorre un trattato perchè gli stranieri godano dei diritti civili, bisognerà dire ch'essi non possono essere nè proprietarii, nè creditori in Francia, che non possono maritarvisi con persone francesi, e che è loro negata ogni azione in giudizio. Invano s'invocherebbero gli articoli 3, 12, 14, 15 e 19, che riconoscono implicitamente questi diritti negli stranieri, poichè la questione di cui trattasi è precisamente di sapere se uno straniero può godere di un diritto civile in mancanza d'un trattato di reciprocanza. Se è questa una condizione essenziale, i testi del codice non bastano, e per conseguenza noi siamo nel più completo assurdo (1). Merlin ha già risposto a questa obbiezione. V' hanno diritti che sono regolati dal codice civile, e in questo senso si potrebbe chiamarli diritti civili; ma, se hanno la loro origine nella natura, non sono più diritti puramente civili; siccome esistono dappertutto, si riferiscono al diritto delle genti. Questi diritti non sono compresi nell'art. 11, come è stato detto e ripetuto nei lavori preparatorii. Ora, tale è evidentemente il diritto di proprietà, e dalla proprietà deriva il diritto d'essere creditore e di adire pel proprio diritto la giustizia. È lo stesso del matrimonio (2). In altri termini, dal momento che la legge riconosce un diritto allo straniero, questo diritto cessa per ciò stesso che è un diritto civile, poichè è dell'essenza dei diritti civili che il legislatore non li accorda che ai cittadini.

421. Gli articoli del codice che rifiutano certi diritti civili agli stranieri dan luogo del pari ad alcune obbiezioni. A termini dell'art. 726, lo straniero non può succedere in Francia che conformemente all'art. 11. L'art. 912 ripete questa incapacità per il diritto di disporre a titolo gratuito, e l'art. 960 dice che i testimoni ai testamenti debbono godere dei diritti civili. A qual pro tutte queste disposizioni, se fosse vero che lo straniero è escluso da ogni diritto civile? Non bisogna indurne piuttosto che queste sono derogazioni, e che il diritto comune conferisce agli stranieri il godimento dei diritti civili? Merlin confessa che queste disposizioni sono superflue. Vi sono molti articoli nel codice, i quali, non facendo che applicare un principio generale, sono, a stretto rigore, inutili. Ma dal fatto che sono inutili si conchiuderà che stabiliscono un altro principio? La conclusione sarebbe poco logica. Nel caso concreto essa è affatto inammissibile, poichè il legislatore stesso ha avuto cura di dichiarare nel testo dell'art. 726: *Conformemente alle dispo-*

---

(1) MOURLON, *Répétitions sur le code Napoléon,* t. I, p. 81 e seg.

(2) MERLIN, *Questions de droit,* t. XII, p. 191, note, alla parola *Propriété littéraire,* § 2.

sizioni dell'art. 11. Così l'incapacità speciale stabilita dall'art. 726 è un'applicazione dell'incapacità generale pronunciata dall'art. 11; ciò che esclude ogni idea di una derogazione. Bisogna intendere l'art. 912 nello stesso senso, quantunque non ripeta le medesime espressioni; poichè gli articoli 726 e 912 non formano che una sola e medesima disposizione che rifiuta allo straniero il diritto di ricevere e di disporre a titolo gratuito.

422. Si dice infine che il principio del codice, come lo interpretano la dottrina e la giurisprudenza, è assai vago ed incerto. Come saprà il giudice se il tal diritto è civile o naturale? Quanto ai diritti naturali, essi si riferiscono al diritto della natura o al diritto delle genti; ma qual'è questo diritto naturale o delle genti? Come potrà il giudice distinguere ciò che appartiene al diritto naturale e al diritto civile? (1). Nulla di più arbitrario che la risposta della dottrina e della giurisprudenza a siffatta quistione. Zachariae, uno dei nostri migliori autori, dice che bisogna collocare sotto la categoria dei *diritti civili* « tutti quelli i quali, secondo i principii del diritto filosofico, non esistono per l'uomo che vivesse in uno stato extrasociale, e non trovano il loro fondamento che nella legislazione positiva » (2). Che è questo *stato extra-sociale,* nel quale è uopo porsi per comprendere e determinare che cosa è un diritto civile? Pura ipotesi, che non è stata mai realizzata; l'uomo, essere socievole per essenza, ha sempre vissuto nello stato di società, e sotto l'impero delle leggi o delle consuetudini positive. Per questo rispetto tutti i diritti sarebbero civili. È appunto così che l'intendevano gli antichi. Quindi la definizione di Zachariae non ci apprende nulla.

Noi non saremo più fortunati se ci rivolgiamo alla giurisprudenza. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione del 31 gennaio 1824: « Gli obblighi che derivano dal diritto delle genti sono quelli ch'esisterebbero per la necessità delle cose, quand'anche la legge non ne avesse determinata la forma, e che d'altronde sono ammessi da tutte le nazioni civilizzate, come il diritto di vendere, di comprare, di permutare, di prestare, ecc. Quelli che derivano dal diritto civile sono, al contrario, quelli di cui non si può concepire l'esistenza senza che la legge civile ne abbia accordata la facoltà ». Stando a questa definizione, si durerebbe fatica a trovare un diritto civile. Il codice Napoleone mette fra i diritti civili il diritto di ricevere o di trasmettere a titolo gratuito. Ebbene, questo diritto non si trova presso tutte le nazioni civilizzate? e se dappertutto trovansi le successioni e i testamenti, non è forse perchè questi diritti sono fon-

(1) VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du code Napoléon,* p. 145.
(2) ZACHARIAE, *Cours de droit français,* tit. I, p. 163, § 76.

dati sulla necessità delle cose? È dunque un diritto che ha il fondamento nella natura o in ciò che si dice il diritto delle genti, e non un diritto civile!

423. La critica che si fa della distinzione tradizionale in diritti naturali e diritti civili è perfettamente giusta. Bisogna andare oltre e dire che la distinzione è falsa Portalis la fonda sulla divisione del genere umano in nazioni ed è impossibile trovarle un altro fondamento. Ciò suppone che la differenza di nazionalità ha un'influenza necessaria sui diritti privati, vale a dire che ve ne sono di quelli che per loro natura non appartengono che ai membri della società per cui sono stati stabiliti. Ebbene, ciò, in teoria è falso, falso secondo la teoria stessa del codice. Si concepisce che la divisione del genere umano in nazioni abbia per conseguenza che nessuno può essere cittadino di due patrie: impossibile di votare a Parigi e a Londra, impossibile di sedere nello stesso tempo nel parlamento inglese e nel senato francese. Ma l'esistenza di nazionalità diverse influisce anche sui diritti privati? Qui è l'errore della dottrina tradizionale.

Che cosa sono i diritti privati? Sono facoltà legali che appartengono all'uomo e che gli sono necessarie perchè possa compiere la sua missione in questo mondo. L'uomo, solo perchè è uomo, deve godere dei diritti privati. Tutti l'ammettono per i diritti detti naturali. Bisogna ammetterlo anche per i diritti detti civili. Il codice Napoleone considera il diritto di successione come un diritto civile, e nondimeno esso esiste presso tutti i popoli civilizzati, il che prova che « è fondato sulla necessità delle cose », come dice la Corte di cassazione, o che, senza questo diritto, l'uomo sarebbe un essere incompleto; in questo senso, esso ha radice nella natura umana. Ora, domandiamo noi, se il diritto di successione è stabilito dappertutto, perchè gli uomini non potrebbero esercitarlo dappertutto? Sarebbe forse perchè le leggi dei diversi Stati differiscono fra loro? Ma è lo stesso dei diritti chiamati naturali; è uopo ricordare i motteggi di Pascal sulle nostre leggi, che variano a seconda che si è sull'una o sull'altra riva d'un fiume? Poco importa. La sola quistione è di sapere se è impossibile esercitare a un tempo il diritto di proprietà in Francia e in Inghilterra, come è impossibile esercitarvi i diritti di cittadino nei due paesi. Questa impossibilità non esiste. Ciò vuol dire che la differenza di nazionalità non deve avere alcuna influenza sul diritto ereditario.

Noi diciamo che la teoria stessa del codice prova che la nozione dei *diritti civili* è falsa. Infatti, lo stesso articolo che esclude lo straniero dai diritti civili glieli accorda sotto la condizione di reciprocanza. Se gli stranieri possono godere di tutti i diritti civili in Francia, purchè vi sia un trattato di reciprocanza, gli è perchè nella natura di questi diritti nulla si

oppone a che essi appartengano agli stranieri del pari che ai cittadini. Quindi la distinzione non ha ragione d'essere. In una parola, la divisione del genere umano in nazioni crea Stati diversi: essa crea dunque la distinzione di cittadini dei diversi Stati, ma non crea uomini diversi. A qualunque Stato essi appartengano per la loro nascita, restano uomini, hanno tutti una stessa missione, debbono avere tutti gli stessi diritti.

424. Ciò che prova ancora con maggiore evidenza che la nozione dei diritti civili è falsa è ch'essa tende a scomparire. Il numero dei diritti civili va sempre scemando; ben presto non ne resterà alcuno. Quando si risale alle società primitive, si trova che tutti i diritti privati sono diritti civili, ciò che conduce a questa conseguenza, che lo straniero è senza diritto. Era così presso tutti i popoli dell'antichità, e la ragione è semplice. Gli antichi non conoscevano i diritti che noi chiamiamo naturali, perchè questi appartengono all'uomo in virtù della sua natura: da ciò il loro disprezzo per la personalità umana, da ciò la schiavitù, da ciò anche la miserevole condizione dello straniero.

Montesquieu dice, parlando dei diritti d'albinaggio e di naufragio: « Gli uomini pensarono che agli stranieri, i quali non erano loro uniti da alcuna comunione del diritto civile, non dovessero, da una parte, alcuna sorta di giustizia, e dall'altra alcuna sorta di pietà ». L'autore dello *Spirito delle leggi* calunnia i nostri maggiori; l'accusa ch'egli lancia contro i Germani avrebbe dovuto rivolgerla ai popoli i più civili dell'antichità. Chi ha inventato il nome di barbari per designare gli stranieri? I Greci. E che pensavano essi dei barbari? come li trattavano? « I barbari, essi dicevano, sono tutti schiavi, e fatti per essere schiavi ». È questo il disprezzo che i bianchi hanno lungamente avuto per i neri, e le conseguenze erano identiche: gli schiavi si reclutavano fra i barbari. Nei Greci era così debole il sentimento dell'unità umana, che da una città all'altra si trattavano da stranieri, e gli stranieri erano senza diritto; essi non potevano possedere, nè stare in giudizio; non avevano dunque neppure i diritti che noi chiamiamo naturali (1).

Era lo stesso a Roma. I giureconsulti non s'occupavano dei barbari: questi erano esseri senza diritto. Nella legge delle XII Tavole si qualificavano come nemici, e il nemico era fuori della legge. Gli stranieri, di cui si parla nelle leggi romane, sono i cittadini degli Stati alleati, e, prima dell'editto di Caracalla, gli abitanti di quasi tutte le provincie; essi non partecipavano al diritto civile di Roma, perchè non erano cittadini romani. Ciò è logico; se vi ha un'esclusione derivante dalla diversità delle leggi, essa deve essere assoluta. Però non si potevano trattare

(1) Vedi i miei *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 110, 111 e 300.

come esseri senza diritto stranieri alleati o soggetti; la necessità delle cose portò, in loro favore, una di quelle transazioni, sì frequenti a Roma, fra il diritto stretto e l'equità. Si immaginò un diritto delle genti alleato al diritto civile per far partecipare gli stranieri ai beneficii del diritto privato. È questo il primo passo fatto verso l'uguaglianza degli stranieri e dei cittadini (1).

425. I barbari, che Montesquieu accusa d'avere introdotto il *diritto insensato d'albinaggio*, hanno, al contrario, dato all'umanità l'idea dei diritti dell'uomo, è da essi che noi ripetiamo questo bisogno, questa passione di personalità che ha posto fine alla schiavitù antica, e che è divenuta il fondamento della libertà moderna. Non è vero che gli stranieri come tali fossero servi nel medio evo; quelli ch'erano liberi restavano liberi (2). Ma la massa della popolazione era serva, tanto gl'indigeni come gli stranieri. Il servaggio disparve. Perchè gli stranieri non profittarono di questa rivoluzione? perchè sino alla vigilia dell'89 si presumeva ch'essi *morissero servi?* Essi dovevano la loro condizione servile ai giureconsulti cresciuti nel diritto romano; furon questi che applicarono loro la distinzione del diritto civile e del diritto delle genti, senza accorgersi che questa dottrina non aveva più senso nei nostri costumi e nella nostra religione. Gli stranieri non partecipavano al diritto civile, e quindi erano esclusi dai diritti che avevano, giusta i giureconsulti, la loro fonte nelle leggi positive. Da ciò il diritto d'albinaggio. Gli stranieri erano colpiti da una duplice incapacità. Anzitutto essi non potevano trasmettere i beni che lasciavano alla loro morte, nè per testamento, nè per successione *ab intestato;* se non avevano figli nati in Francia, il fisco s'impadroniva della loro eredità: questo è il diritto d'albinaggio propriamente detto. Inoltre, essi erano incapaci di ricevere per testamento o per successione; se una eredità si apriva a loro profitto in Francia, essi n'erano esclusi dagli eredi francesi.

426. Tale era la teoria immaginata dai legisti. Essa non aveva più il rigore che le avevano impresso i giureconsulti romani. Non si considerava più il matrimonio come un'istituzione di puro diritto civile, e si domanda invero come si è potuto mai riguardarlo tale: se vi ha un contratto formato dalla natura, è questo appunto. Si ammettevano anche gli stranieri al godimento della proprietà e, per conseguenza, a tutti i diritti che ne derivavano. Il numero dei diritti civili andava dunque diminuendo. Questo fatto solo prova che la nozione del diritto civile è falsa. Se vi sono diritti civili e diritti naturali per loro natura, essi deb-

(1) Vedi il tomo III dei miei *Études sur l'histoire de l'humanité*, p. 297 e seg.

(2) *Sur la condition des étrangers au moyen âge*, vedi i miei *Études*, t. VII, pag. 307 e seg.

bono esserlo dappertutto e sempre. Che se i pretesi diritti civili si trasformavano insensibilmente in diritti naturali, è perchè in realtà sono naturali. Se lo sono gli uni, lo sono tutti. È quel che dissero i filosofi nel secolo XVIII. Montesquieu non è il solo nè il primo che abbia riprovato il diritto d'albinaggio (1). La fratellanza, che era la religione dei filosofi, doveva condurli a rivendicare i medesimi diritti per tutti gli uomini. Noi citeremo le parole di Rousseau: « I popoli, egli dice, debbono unirsi non con trattati di guerra, ma con reciproci favori. Che il legislatore li unisca dunque, facendo sparire questa odiosa distinzione di regnicoli e di stranieri! »

L'Assemblea costituente rispose a questo generoso appello; essa abolì, con un primo decreto del 6 agosto 1790, il diritto d'albinaggio propriamente detto, senza discussione ed all'unanimità. Era l'esplosione dei sentimenti che la filosofia avea diffusi negli animi. « Considerando, dice l'illustre Assemblea, che il diritto d'albinaggio è contrario ai principii di fratellanza che debbono stringere fra loro tutti gli uomini, qualunque sia il loro paese e il loro governo; che questo diritto, stabilito nei tempi barbari, deve essere proscritto presso un popolo che ha fondato la sua costituzione sui *diritti dell'uomo* e del cittadino, e che la Francia libera deve aprire il suo seno a tutti i popoli della terra, invitandoli a godere, sotto un governo libero, dei diritti sacri ed inviolabili dell'umanità ». Un secondo decreto dell'8 aprile 1791 conferì agli stranieri il diritto di disporre dei loro beni in tutti i modi che la legge autorizza, e permise loro di raccogliere le successioni lasciate in Francia dai loro parenti stranieri o francesi.

427. Si accusò l'Assemblea costituente di utopia. Essa trovò difensori nel seno del Tribunato quando il progetto di codice civile venne a ristabilire indirettamente il diritto d'albinaggio. Boissy-d'Anglas disse che non fu per eccesso di filantropia che l'Assemblea nazionale abolì il diritto d'albinaggio; essa lo fece perchè era convinta esser questo il mezzo d'aumentare la prosperità della Francia. Sotto l'antico regime i re esentarono dal diritto d'albinaggio gli stranieri che venivano a stabilirsi a Marsiglia e a Dunkerque; se ciò era vantaggioso a due città, perchè non estenderlo a tutte? È quanto osservò un economista destinato ad avere una gran parte nei primordii della Rivoluzione. « Se, dice Necker, ciò è utile pel tale o tal'altro oggetto, lo è

---

(1) Si legge in un trattato, che apparve nel 1845, sul *libero allodio* di Caseneuve: « Non vi ha dubbio che il diritto d'albinaggio sia ingiusto, perchè esso ripugna all'ospitalità, alla quale la natura, la ragione e la religione medesima obbligano gli uomini. Ancorchè noi avessimo diviso il mondo in tante provincie, esso non è, a parlar propriamente, che una città, poichè tutti gli uomini non vi respirano che una stessa aria, nè vi sono illuminati che dallo stesso sole... ».

generalmente e in tutte le circostanze per tutto il regno » (1). Necker provò che il prodotto del diritto d'albinaggio era modicissimo; esso ammontava appena a 40,000 scudi all'anno, mentre il guadagno che doveva risultare dalla sua soppressione sarebbe stato immenso. Questo diritto odioso allontanava gli stranieri dalla Francia; una volta ch'essi fossero sicuri di morir liberi come vivevano liberi, verrebbero ad arricchire la Francia dei loro capitali e del loro lavoro. Il celebre banchiere ragionava non da filantropo, ma da economista. « Tutto ciò che può stornare, egli diceva, gli stranieri dal venire a spendere le loro rendite nel regno, e di permutare così la loro moneta coi prodotti della nostra industria, sembra una disposizione così irragionevole quanto lo sarebbe una legge direttamente opposta all'esportazione di questi stessi prodotti ». Necker ne conchiudeva che il diritto d'albinaggio era ancora più dannoso alle nazioni le quali lo esercitavano che agli stranieri cui veniva così usurpata la loro fortuna (2).

428. Il pensiero che ispirò l'Assemblea era dunque generoso e insieme proficuo alla Francia. Esso trovò eco nel seno del Tribunato. Ma la reazione cominciava contro le idee dell'89. Nelle relazioni internazionali, si diceva, bisognava consultare innanzi tutto l'interesse della Francia. Senza dubbio, rispose Boissy-d'Anglas, ma egli aggiunse: « Fortunatamente questo interesse è sempre fondato su ciò che è giusto ». Ganilh riportò la dimostrazione economica di Necker (3); essa è così evidente che non si comprende come non abbia colpito tutti gli animi. Non vi era che un rimprovero a fare al legislatore del 1790, cioè che esso si fosse fermato a mezza strada. I tribuni minarono il diritto d'albinaggio nel suo principio, impugnando la distinzione tradizionale dei diritti in naturali e civili; a questa falsa dottrina essi opposero la vera teoria dei diritti privati. Raccogliamo queste testimonianze, perchè esse fanno al nostro scopo. Chazal proclamò che non era permesso al legislatore di privare gli stranieri del godimento dei diritti naturali e universali dell'umanità; e tali sono, egli dice, tutti quelli che noi chiamiamo *diritti civili;* poichè che altro sono i *diritti civili*, che altro ponno essere, almeno presso di noi, se non i diritti naturali scritti? I diritti naturali, scritti e non scritti, appartengono dappertutto a tutti gli uomini; e gli stranieri non sono uomini ai nostri occhi? (4). È da notarsi che i tribuni, uomini dell'89, scevri dal giogo delle tradizioni giuridiche, comprendevano i veri

(1) Seduta del Tribunato, del 29 frimaio anno X (*Archives parlementaires*, t. III; p. 194 e seg.).

(2) NECKER, *De l'administration des finances*, t. III, chap. XXV, p. 270 e seg.

(3) Seduta del 1.° nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 209 e seg.).

(4) Seduta del 3 nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 247).

principii del diritto meglio che i legisti del Consiglio di Stato. Sì, l'uomo, come tale, deve godere dappertutto dei medesimi diritti, perchè questi diritti non sono che un mezzo di sviluppo intellettuale e morale. In questo senso i tribuni avevano ragione di dire che l'umanità non doveva formare che una sola famiglia per tutto ciò che concerne l'esercizio dei diritti civili (1). I tribuni risalirono all'origine della famosa teoria dei diritti civili che i legisti accettavano come l'espressione della verità, e s'accorsero che essa dipendeva dallo stato d'ostilità che regnava permanentemente fra i popoli. Si concepisce che lo straniero fosse senza diritto allorchè era un nemico; quando la guerra era a morte, non si poteva più vedere un uomo in colui che minacciava incessantemente l'esistenza stessa della nazione. Ma, presso i popoli moderni, lo straniero è ancora un nemico? Il lavoro, il commercio, l'industria han preso il luogo della guerra. Quando le consuetudini, le idee, i sentimenti hanno mutato, è d'uopo che si muti anche il diritto. Il lavoro fa di tutti i popoli una società i cui interessi sono solidali; quindi gli uomini di tutti i paesi debbono essere uniti anche mercè i legami del diritto, in quanto non vi mettano ostacolo le divisioni politiche. Noi non possiamo essere cittadini dappertutto, ma dappertutto siamo membri della famiglia umana, e come uomini dobbiamo godere dappertutto dei diritti inerenti all'uomo (2).

429. Il Tribunato stava per votare il rigetto del titolo primo, perchè ristabiliva il diritto d'albinaggio, quando Napoleone ritirò i progetti di codice civile, in attesa di rompere l'opposizione importuna dei tribuni. Meglio sarebbe stato che avesse fatto ragione alle loro giuste critiche. Si è detto non esser vero che l'art. 11 ristabilisce il diritto d'albinaggio (3). Ma esso fa peggio ancora consacrando la falsa dottrina dei diritti civili, di cui, dopo tutto, il diritto d'albinaggio non è che una conseguenza. Senza dubbio, quando lo straniero ha dei parenti francesi, costoro gli succedono; in questo senso il diritto d'albinaggio resta abolito. Ma, per contrario, se lo straniero non lascia che parenti stranieri, essendo questi incapaci di succedere, la successione è vacante e lo Stato se l'appropria. Ciò equivaleva a ristabilire indirettamente il diritto d'albinaggio. La posterità ha dato ragione ai tribuni contro il primo console. In Francia una legge del 14 luglio 1819 abolì il diritto d'albinaggio. Gli uomini della Restaurazione condannarono questo diritto con l'energia che vi avevano messa i tribuni dell'anno X. Il duca

(1) Grenier, nella seduta del 29 frimaio anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 187).

(2) Ganilh, nella seduta del 1.° nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 210).

(3) Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. I, § 77.

di Lévis lo qualificò come una spogliazione degna della barbarie del medio evo. « Certo, egli dice, un privato si vergognerebbe di profittare della spogliazione d'uno straniero. Ebbene, non vi ha che una morale; ciò che è iniquo per gl'individui lo è anche per le nazioni». In appoggio della sua proposta tendente all'abolizione definitiva di un diritto odioso, il duca di Lévis invocò le medesime considerazioni d'economia politica che i tribuni avevano opposte al progetto di codice civile. Nel Belgio una legge del 27 aprile 1865 dichiarò, per i medesimi motivi, gli stranieri capaci di succedere, di disporre e di ricevere (articolo 3) (1).

L'utopia dell'Assemblea costituente è dunque divenuta una realtà. Ma il voto del Tribunato non è perfettamente compiuto. L'art. 11 sussiste, e con esso la falsa teoria dei diritti *civili*. Fortunatamente la sua applicazione è poco frequente. Esso non è più che un avanzo di altra età che i legislatori francesi e belgi han mantenuto, e che sarebbe stato meglio far scomparire. Ne risultano sempre delle difficoltà e delle controversie senza fine. È uopo quindi vedere: qual'è la vera condizione dello straniero? quali sono i diritti chiamati naturali, di cui esso gode? quali sono i diritti chiamati civili, di cui le leggi e la dottrina gli riconoscono il godimento? infine quali sono i diritti che gli sono rifiutati?

N. II. - Dei diritti naturali di cui lo straniero ha il godimento.

430. I diritti che noi chiamiamo oggidì *naturali* erano un tempo riservati ai cittadini. Tale era il matrimonio. È costante, dice Merlin, che il contratto civile il quale si chiama matrimonio appartiene intieramente al dominio delle leggi civili. È per questa ragione che l'art. 25 del codice Napoleone dichiara il morto civilmente incapace di contrarre un matrimonio che produca effetti civili. Per la stessa ragione il codice dichiara disciolto, quanto ai suoi effetti civili, il matrimonio che il morto civilmente aveva contratto prima della sua condanna. Vuol dire per questo che lo straniero non possa contrarre un matrimonio civile? È universalmente riconosciuto, risponde Merlin, che gli stranieri sono capaci di maritarsi in Francia, sia tra loro, sia con francesi (2). Il codice stesso sanziona il matrimonio d'una straniera con un francese e d'una francese con uno straniero (articoli 12 e 19), e consacra lo stato dei figli nati da genitori stranieri in Francia permettendo loro di reclamare la cittadi-

---

(1) Esposizione dei motivi della legge del 27 aprile 1865, e rapporto della sezione centrale (*Documents parlementaires* della sessione del 1864-1865, p. 201 e 245).

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Étranger*, § 1, n. 8.

nanza francese (art. 9). Quale ordito di contraddizioni! Se il matrimonio è un diritto civile per il morto civilmente, perchè non è un diritto civile per lo straniero? Ma la natura si rivolta contro una simile dottrina, la coscienza pubblica ha respinto la morte civile, precisamente perchè la legge dichiarava disciolto il matrimonio del morto civilmente. No, non è il legislatore, è la natura che unisce l'uomo e la donna; la legge non fa che dare la sua sanzione al contratto il più naturale che esista.

431. Lo straniero può possedere immobili in Francia; l'articolo 3 del codice lo dice implicitamente. Ecco un altro diritto, un tempo civile, oggidì naturale. Ma l'applicazione del principio non è senza difficoltà. Vi sono proprietà d'una natura tutta speciale. La proprietà letteraria non è una creazione della legge? Si può sostenerlo dal punto di vista della dottrina tradizionale. Il diritto stesso non è contestato? e un diritto la cui esistenza è negata può essere un diritto naturale? Anche quando il diritto è riconosciuto, è sottoposto a condizioni o restrizioni. Sono questi i caratteri della proprietà? Tuttavia egli è della proprietà letteraria come del matrimonio: gli stranieri ne godono, perchè è un diritto che è dato loro dalla stessa natura. Merlin dice a ragione che si può applicare alla proprietà letteraria ciò che la legge del 30 dicembre dice di ogni scoperta. « Ogni idea nuova, la cui manifestazione o sviluppo può divenire utile alla società, *appartiene* primitivamente a colui che l'ha concepita; e sarebbe impugnare i *diritti dell'uomo* nella loro essenza il non riguardare una scoperta industriale come *proprietà del suo autore* ». Invocare i *diritti dell'uomo* è certo dire che la proprietà di una *idea* qualunque appartiene all'uomo come tale, e non al cittadino. È dunque in questo senso che bisogna intendere la legge del 19 luglio 1793, che porta, art. 1.°: « Gli autori di scritti di qualsivoglia genere godranno per tutta la vita del diritto esclusivo di vendere e far vendere le loro opere nel territorio della repubblica ». Gli stranieri non sono esclusi, perchè si tratta d'un *diritto dell'uomo* (1). Essi debbono però, s'intende, conformarsi alle leggi del paese ove vogliono esercitare il loro diritto. Tale è, pel Belgio, la legge del 25 gennaio 1817.

La proprietà industriale dà luogo ad altre difficoltà, nelle quali noi non possiamo entrare. Per noi basta che la legge del 1790 abbia posto ogni scoperta fra i diritti che appartengono all'uomo come tale; le condizioni alle quali l'esercizio del

---

(1) MERLIN, *Questions de droit,* alla parola *Propriété littéraire,* § 2. La Corte di cassazione ha deciso che gli stranieri godono, come i Francesi, del diritto di perseguire in giudizio le contraffazioni delle opere da essi pubblicate in Francia (Sentenza del 20 agosto 1852, in DALLOZ, *Recueil périodique,* 1852, 1, 335).

diritto è sottoposto non entrano punto nella nostra materia. Aggiungiamo che esiste un trattato tra il Belgio e la Francia per la garanzia reciproca della proprietà letteraria, artistica e industriale (1).

Infine gli stranieri possono, secondo la legge del 21 aprile 1810 (articol 13), ottenere una concessione di miniere. Ecco un diritto che gli antichi legisti avrebbero certo dichiarato civile, poichè esso non esiste che in virtù d'una concessione dello Stato. Lo straniero ne dovrebbe dunque essere escluso, salvo in caso di reciprocanza, come vuole l'art. 11. Ma la legge del 1810 deroga alla dottrina tradizionale consacrata dal codice Napoleone; essa fa delle concessioni delle miniere un diritto naturale, accordandolo indistintamente ai Francesi e agli stranieri, e ben a ragione. Che ha mai di comune la divisione dell'umanità in nazioni con una concessione di miniere?

432. Gli stranieri, essendo capaci del diritto di proprietà, sono per ciò stesso capaci di tutte le modificazioni della proprietà stessa. Ciò non presenta alcun dubbio per le servitù reali. Quanto alle servitù personali, le leggi romane dicono che l'usufrutto e l'uso sono di puro diritto civile, donde segue che lo straniero non può essere nè usufruttuario, nè usuario. Nel nostro diritto moderno questa incapacità non esiste più. Sotto il punto di vista razionale essa non ha ragione d'essere. L'usufrutto e l'uso sono modificazioni della proprietà; se lo straniero può essere proprietario, perchè non potrebbe essere usufruttuario o usuario? L'ipoteca presenta maggiori difficoltà. Merlin dice che l'ipoteca è una finzione, in virtù della quale il creditore acquista un diritto sopra un immobile che non possiede; che questa finzione non può essere che l'opera delle leggi civili. Nondimeno, aggiunge egli, non si è mai pensato di contestare agli stranieri il diritto di acquistare ipoteche su beni situati in Francia (2). Nuova prova che la nozione dei diritti civili è falsa. Vi ha una ragione decisiva per accordare allo straniero il diritto d'ipoteca, cioè che esso ha il diritto di contrattare; bisogna dunque che abbia il diritto di stipulare le garanzie accessorie dei contratti. D'altronde l'ipoteca è, secondo la nostra legge ipotecaria, una modificazione della proprietà; a questo titolo, lo straniero deve goderne come delle servitù. È altrimenti dell'ipoteca legale. Era questa una questione assai controversa sotto l'impero del codice civile (3). Se-

---

(1) Convenzione del 1.° maggio 1861, approvata dalla legge del 27 maggio 1861.

(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Étranger*, § 1, n. 8.

(3) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Remploi*, § 2. TROPLONG, *Des hypothèques*, t. II, p. 429, n. 513 *ter*. DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Hypothèques*, chap. II, sect. IV, art. 2, n. 15.

condo la dottrina tradizionale, bisogna rispondere, ci sembra, e senza esitare che l'ipoteca legale è un diritto civile (1). Infatti, la legge fa più che regolare questo diritto, essa lo crea; ciò che prova che siffatto diritto procede dalla legge civile è che le garanzie di cui godono i minori e le donne maritate variano da una legislazione all'altra. Ma questo diritto, un tempo civile, ha cessato d'esserlo; la nostra legge ipotecaria lo riconosce espressamente agli stranieri. Ecco un altro diritto civile ch'è divenuto un diritto naturale.

433. Lo straniero può essere proprietario. Vuol dire per questo ch'esso possa acquistare la proprietà con tutti i mezzi legali? No, vi sono dei modi d'acquisto di cui esso non gode secondo il diritto civile; esso non può ricevere per successione, donazione e testamento. Qui il codice ha rincarato sul diritto antico; la donazione non era considerata per l'addietro come un contratto di puro diritto civile; essa era assimilata agli atti tra vivi di cui lo straniero era capace, mentre era dichiarato incapace degli atti in causa di morte. Distinzione affatto arbitraria, perchè se v'ha un diritto universalmente riconosciuto presso tutti i popoli, egli è quello di succedere; dovrebbe essere dunque un diritto naturale secondo la definizione della Corte di cassazione, e tuttavia era il principale dei diritti civili prima delle leggi che hanno abolito il diritto d'albinaggio in Francia e nel Belgio.

Che deve dirsi della prescrizione? Pothier distingueva. Egli era disposto ad ammettere che gli stranieri possono invocare qualunque prescrizione, e ne dava eccellenti ragioni. La prescrizione acquisitiva è stata introdotta per impedire che il dominio delle cose fosse incerto; ora, questo scopo non sarebbe più raggiunto se la prescrizione non avesse luogo in favore degli stranieri come in favore dei cittadini. D'altronde si può dire che la prescrizione, sia acquisitiva, sia estintiva, è stabilita per un interesse generale; poco importa dunque la qualità di coloro che prescrivono. Però Pothier esitava quanto all'usucapione, perchè, secondo le leggi romane, questo diritto apparteneva proprio ai soli cittadini romani; quindi gli stranieri non ne potevano godere (2). A dir vero, il diritto romano non può avere autorità in questa materia; esso ammette due specie di proprietà, ed è la proprietà quiritaria che lo straniero non poteva acquistare mediante l'usucapione. Questa distinzione non esiste più nel nostro diritto; tutti sono d'accordo che bisogna porre anche l'usucapione, del pari che la pre-

---

(1) Questa è l'opinione generalmente seguita in Francia (Sentenza della Corte di cassazione del 20 maggio 1862 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 1. 201, e la nota). Confronta la sentenza della Corte di Grenoble del 25 aprile 1863, in Dalloz, 1863, 2, 187.

(2) Pothier, *Traité des personnes*, parte I, tit. II, sez. III.

scrizione, fra i diritti naturali il cui godimento appartiene allo straniero (1).

434. Un'altra questione si è presentata davanti alla Corte di cassazione. Fra le condizioni imposte alle compagnie ferroviarie vi ha quella che proibisce loro di fare con alcuni intraprenditori di trasporto delle convenzioni le quali non fossero consentite a favore di tutte le imprese che servono le medesime vie di comunicazione. Si domanda se gli stranieri possono invocare queste proibizioni. Noi siamo meravigliati di vedere la questione controversa. Non è ammesso che gli stranieri godano di tutte le facoltà che derivano dal diritto delle genti? e il commercio con tutto ciò che vi ha attinenza non è essenzialmente del diritto delle genti? Tuttavia la Corte di Bordeaux ha deciso, con sentenza del 28 luglio 1863 (2), che il diritto risultante dalla proibizione portata dalle condizioni di cui sopra è un diritto civile, perchè la proibizione ha per iscopo di proteggere l'industria nazionale. La Corte di cassazione ha benissimo giudicato che tale non era lo scopo di queste clausole proibitive, che esse, al contrario, hanno in vista l'interesse generale del commercio assicurando l'uguaglianza a tutti coloro che si servono della ferrovia. Quindi gli stranieri debbono profittarne al pari che i francesi, poichè gli stranieri debbono trovare in Francia la protezione delle leggi che assicurino il movimento degli affari commerciali (3). Si vede, da questa controversia, come la nozione dei diritti civili è vaga, giacchè una Corte ha potuto considerare come diritto civile una facoltà che certo non ha nulla di comune con la nazionalità, nè con la divisione del genere umano in nazioni.

N. III. — Del diritto di stare in giudizio.

435. Si legge in una sentenza della Corte di Bruxelles: « Il diritto di stare in giudizio non è uno di quei diritti civili unicamente annessi alla qualità di belga, ma piuttosto uno di quei diritti che, come il diritto di comprare e di maritarsi, dev'essere annoverato nella categoria dei diritti appartenenti, come dice Portalis, ben più al diritto delle genti che al diritto civile, e il cui esercizio non potrebbe essere interrotto senza attentare alle diverse relazioni ch'esistono fra i popoli » (4). Nulla di più vero. Colui ch'è capace d'esercitare un diritto deve anche avere la capacità di ottenerne l'esecuzione forzata; poi-

(1) DEMANGEAT, *Histoire de la condition des étrangers en France*, p. 331 e seg.
(2) DALLOZ, *Recueil périodique*, 1865, 2, 4.
(3) Sentenze di Cassazione del 3 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 347) e del 5 luglio 1865 (*ibid.* p. 349).
(4) Sentenza del 28 maggio 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 294).

chè che sarebbero i diritti se non avessero sanzione? Tuttavia per lo passato lo straniero non aveva il diritto di stare in giudizio, ed oggidì ancora è sottoposto ad una legislazione eccezionale. Questa materia appartenendo alla procedura piuttosto che al diritto civile, noi ci limiteremo ad esporre i principii elementari.

436. A termini dell'art. 14, lo straniero può essere citato innanzi ai tribunali francesi per l'esecuzione delle obbligazioni da lui contratte in Francia. Questa disposizione non è che l'applicazione del diritto comune, nel caso in cui lo straniero abbia il suo domicilio o la sua residenza in Francia. Ma il codice aggiunge che è lo stesso se lo straniero non risiede in Francia. Questa è una derogazione al diritto comune; la legge accorda un privilegio al francese permettendogli di citare il suo debitore in Francia, mentre dovrebbe citarlo innanzi al tribunale del suo domicilio. Il legislatore ha pensato che il francese non troverebbe innanzi ai tribunali stranieri la medesima equità, la medesima imparzialità ch'è sicuro di trovare avanti ai tribunali del suo paese. Questo timore non è certo una prova troppo favorevole della nostra condizione sociale; speriamo che un giorno questo privilegio parrà odioso, perchè non avrà più ragion d'essere.

L'applicazione dell'art. 14 ha dato luogo ad una singolare difficoltà. Si domanda innanzi a qual tribunale lo straniero non residente deve o può essere tradotto. Il legislatore ha dimenticato di dirlo, e le leggi di procedura non forniscono alcun principio per risolvere la questione. La legge non dichiarando innanzi a qual tribunale lo straniero *deve* essere citato, noi crediamo, con la Corte di Gand, ch'esso *può* esserlo innanzi a quel tribunale che l'attore sceglierà. La Corte ha imposto alla scelta una condizione dettata dall'equità, cioè che non sia vessatoria pel convenuto, e non gli cagioni spese inutili (1). È questo il caso d'applicare la massima professata dagli autori del codice che, nel silenzio della legge, il giudice è un ministro d'equità.

437. L'art. 14 aggiunge che lo straniero può essere tradotto innanzi ai tribunali di Francia anche per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero verso francesi. Questa disposizione si allontana affatto dal diritto comune. Il progetto di codice civile risolveva la quistione in favore della giurisdizione straniera; esso fu modificato, nel corso della discussione, per la considerazione che il francese ha dei mezzi d'azione più efficaci sulla persona e sui beni del suo debitore in virtù d'un giudicato francese; esso può sequestrare i beni e imprigionare il debitore. La vera ragione di questo nuovo privilegio, dice

---

(1) Sentenza del 1.° febbraio 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 61).

un autore francese, è la sfiducia nell'imparzialità dei giudici stranieri (1).

438. Una legge del 10 settembre 1807 porta (art. 1): « Ogni sentenza di condanna che interverrà a favore d'un francese contro uno straniero non domiciliato in Francia importerà l'arresto personale ». È questo un nuovo privilegio, una nuova derogazione al diritto comune. L'oratore del governo dice che questa disposizione, quantunque severa in apparenza, è d'una grande giustizia: « Gli stranieri sono accolti con favore su questa terra ospitale; il francese, naturalmente fiducioso e sensibile, si abbandona con una facilità che la prudenza non sempre approva; bisogna ch'ei resti vittima della sua beneficenza? » Treilhard aggiunge che il vero interesse degli stranieri s'accorda con una misura senza la quale essi non troverebbero forse così facilmente i soccorsi di cui han bisogno nelle circostanze urgenti (2). Noi riferiamo i motivi senza approvarli; crediamo anche inutile discuterli, perchè speriamo che ben tosto il carcere per debiti non macchierà più la nostra legislazione.

Questa stessa legge del 1807 permette al presidente del tribunale d'ordinare l'arresto provvisorio dello straniero prima della sentenza di condanna. Lo straniero, dice Treilhard, può scomparire da un momento all'altro senza lasciare alcuna traccia. Bisogna che la legge dia una guarentigia al creditore contro un debitore di mala fede. L'oratore del governo confessa che questo rigore non è sempre senza inconvenienti; ma, egli dice, è accompagnato da tutte le precauzioni che possono prevenire gli abusi. Bisogna dire che l'arresto provvisorio è arbitrario di sua natura, poichè, onde esso sia efficace, il legislatore è stato costretto di lasciarlo alla discrezione del presidente; così un uomo è privato della sua libertà senza sentenza, sopra un semplice sospetto di mala fede! La legge non mette che una sola condizione a questo arresto, cioè che il debito sia esigibile. Aggiungiamo che l'arresto non ha luogo o cessa, se lo straniero giustifica che possiede sul territorio francese uno stabilimento di commercio o immobili d'un valore sufficiente per assicurare il pagamento del debito, o se fornisce una cauzione. L'arresto provvisorio scomparirà con l'arresto personale.

439. L'art. 15 dice che lo straniero può tradurre un francese innanzi a un tribunale di Francia per obbligazioni da lui contratte in paese straniero, e tanto più quando l'obbligazione è stata contratta in Francia. Ciò è l'applicazione di quel diritto naturale o delle genti sul quale riposa la facoltà di stare in giudizio. Tuttavia il legislatore accorda di nuovo un privilegio

---

(1) DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 257.
(2) LOCRÉ, t. I, p. 490 e seg.

al francese convenuto; lo straniero attore è tenuto a dar cauzione pel pagamento delle spese e dei danni ed interessi che ponno risultare dal processo. Questo è ciò che si chiama la cauzione *judicatum solvi*. Lo straniero attore può soccombere; esso sarà condannato, in questo caso, alle spese ed ai danni ed interessi; ma se è insolvibile, il giudicato non servirà a nulla al francese che avrà ottenuta la vittoria della causa. Da ciò la necessità d'una cauzione. La legge non impone questo obbligo allo straniero convenuto, perchè non ha voluto porgli ostacoli alla difesa. Questo motivo non è molto fondato. Forse che la domanda non è un diritto altrettanto legittimo quanto la difesa? Bisognava adunque esigere la cauzione in tutti i casi, o non esigerla affatto. L'eccezione che la legge fa per le materie commerciali prova che la cauzione non è di rigorosa necessità; quindi non doveva essere ammessa. È una disposizione tradizionale che ha la sua sorgente nella diffidenza verso gli stranieri. Era più che diffidenza, era odio. Il nome di straniero è stato sempre odioso, dice Bacquet: « Nel cuore dello straniero si sospetta sempre qualche latente veleno, per non dir tradimento. È inoltre regola generale che lo straniero distrugge e mina il regno e la terra in cui viene ad abitare » (1). Questo spirito di diffidenza e d'avversione non è più il nostro. Esso ha fatto luogo alla fiducia, ch'è l'anima del commercio e che deve essere anche l'anima delle civili relazioni.

Il codice Napoleone ammette un'eccezione all'obbligo di dar cauzione, cioè quando lo straniero attore possegga degl'immobili in Francia d'un valore sufficiente per assicurare il pagamento delle spese e dei danni ed interessi. Ve n'ha un'altra nell'art. 167 del codice di procedura in favore dello straniero che non ha immobili, ma che consegna la somma determinata dal tribunale. Marcadé ne propone una terza pel caso in cui i giudicati francesi fossero esecutivi nel paese dello straniero (2). Ciò ci sembra inammissibile, le eccezioni essendo di stretta interpretazione. Invano si dice che il motivo della disposizione cessa in questo caso; non cessa ogni motivo, e quando cessasse, bisognerebbe dire ancora che il legislatore solo può stabilire delle eccezioni.

440. Il codice civile non parla delle cause che gli stranieri potrebbero avere tra di loro. Si deve interpretare questo silenzio nel senso che i tribunali francesi sono incompetenti per decidere le contestazioni fra stranieri? È questa la dottrina consacrata dalla giurisprudenza francese. Si confessa che ciò conduce troppo spesso alla mancanza, vale a dire al diniego

---

(1) Bacquet, *Du droit d'aubaine*, parte I, cap. III, n. 14, 18 e 19.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire du droit civil français*, t. I, p. III, numero 3.

d'ogni giustizia (1). Se tale fosse la volontà positiva del legislatore, bisognerebbe inchinarsi, salvo a protestare, in nome della coscienza pubblica, contro una legge che permette al debitore di mala fede di burlarsi del suo creditore. Ma noi cerchiamo invano nelle nostre leggi una disposizione che proibisca al giudice di conoscere delle cause fra stranieri. La Corte di Bruxelles dice che non vi ha alcun testo che pronunzi questo divieto (2). Se niuna legge interdice ai tribunali francesi di decidere le contestazioni degli stranieri, perchè si dichiarerebbero incompetenti? Noi esporremo le ragioni sulle quali la giurisprudenza s'appoggia; esse ci sembrano d'una estrema debolezza.

Si legge in una sentenza della Corte di Colmar che « se il *diritto* di amministrare la giustizia è una delle prerogative della sovranità, quello di reclamarla e di ottenerla è un *vantaggio* che il suddito ha diritto di esigere dal suo sovrano; che, sotto questo duplice rapporto, ciascun monarca non deve la giustizia che ai suoi sudditi e deve rifiutarla agli stranieri, a meno che non abbia un *interesse* ben riconosciuto a far giudicare la causa nei suoi Stati (3). Noi risponderemo che la giustizia non è un *diritto,* nè un *vantaggio,* nè un *interesse;* è anzitutto un *dovere* che la società è tenuta di compiere (4). Non deve essa rendere giustizia che agli indigeni? La giustizia è universale di sua natura come l'idea divina da cui emana; essa è dunque dovuta all'*uomo* e non al *cittadino.* È per tutelare l'ordine pubblico che vi sono dei tribunali, e l'ordine pubblico richiede che ad ogni causa sia posto un termine; non si deve investigare se le parti sono francesi o straniere: l'ordine pubblico è turbato dal momento che un litigio resta senza soluzione, poco importa che sorga fra stranieri o tra francesi, poichè a coloro cui non è resa giustizia è lo stesso che dire che se la rendano da sè, ciò che conduce all'anarchia, alla dissoluzione della società (5).

No, si dice, con ciò non si fa che rinviare lo straniero innanzi ai tribunali del suo paese, che soli hanno la competenza e la missione di rendergli giustizia. L'attore deve tradurre il convenuto innanzi al tribunale del suo domicilio, e il

---

(1) DEMANGEAT, *Histoires de la condition civile des étrangers en France.* p. 389 e seg.

(2) Sentenze del 2 dicembre 1862 (*Pasicrisie,* 1863, 2, 352), e del 13 giugno 1840 (*ibid.* 1840, 2).

(3) Sentenza del 30 dicembre 1815 (DALLOZ, *Répertoire,* alla parola *Droits civils,* n. 324).

(4) « È questo un debito che le nazioni si debbono mutuamente », dice la Corte di Bruxelles, sentenza del 20 luglio 1835 (*Jurisprudence du XIX siècle,* 1836, 2, p. 372).

(5) Vedi la requisitoria del procuratore generale presso la Corte di cassazione del Belgio. LECLERCQ (*Bulletin de* 1840, p. 295 e seg.).

domicilio dello straniero è nel suo paese e non in Francia. Noi ci meravigliamo che s'invochi contro lo straniero che chiede giustizia innanzi a un tribunale di Francia una regola la quale non ha altro scopo che di regolare quale è, fra i diversi tribunali francesi, quello che deve decidere una causa in materia personale. L'adagio: *Actor sequitur forum rei* determina qual'è il giudice competente tra francesi, mentre, se lo si applica allo straniero, ne risulterà che tutti i tribunali di Francia saranno incompetenti. Così una massima che ha per iscopo di assicurare la giustizia condurrebbe a un diniego di giustizia? Invano si dice che non è negare la giustizia allo straniero rinviandolo avanti ai tribunali del suo paese. In teoria, no; ma in realtà è così in tutti i casi in cui la decisione dipende da fatti che non possono essere stabiliti che mediante deposizione di testimonii. I tribunali francesi si dichiarano incompetenti per conoscere d'una domanda in separazione di corpo (1). Si rinvia la donna maltrattata da suo marito a provare, avanti ai tribunali di Mosca o di New-York, dei fatti che si sono compiuti in Francia! Non è questo un vero diniego di giustizia?

S'invoca la discussione che ha avuto luogo nel Consiglio di Stato sull'art. 14. È questo un nuovo esempio dell'abuso che si fa dei lavori preparatorii. Il console Cambacérès domandò che si aggiungesse una disposizione per gli stranieri i quali avendo cause tra loro consentano a litigare innanzi a un tribunale francese. Defermon disse che questo consenso stabiliva un arbitrato che doveva avere il suo effetto. Egli chiese se uno straniero potesse tradurre innanzi a un tribunale francese un altro straniero che ha contratto verso di lui un debito pagabile in Francia. Tronchet rispose che, per principio, l'attore doveva proporre la sua azione innanzi al tribunale del convenuto; che però il tribunale avrebbe il diritto di giudicare, se la sua competenza non fosse declinata.

Defermon avendo manifestato il timore che si allontanerebbero gli stranieri dal foro francese rifiutando loro il soccorso dei tribunali, Rèal dichiarò che i tribunali di commercio erano competenti; e Tronchet aggiunse che la natura delle obbligazioni contratte in fiera toglieva allo straniero convenuto il diritto di declinare la giurisdizione dei tribunali francesi. Ma, egli dice, l'articolo 14 non pregiudica nulla contro questo principio; esso è affatto positivo, non si può dunque trarne una conseguenza negativa; *esso non statuisce che sul modo di decidere le contestazioni tra un francese e uno straniero, e non s'occupa delle cause fra stranieri.*

Dopo aver riportato questa discussione, Merlin dice che ne risultano tre cose. La prima, che gli stranieri possono, per i

(1) Vedi le numerose sentenze citate da DEMOLOMBE, t. I, n. 261, p. 423.

debiti ordinari che sono obbligati di pagare in Francia ad altri stranieri, riconoscere volontariamente i tribunali francesi, che allora prendono, a loro riguardo, il carattere d'arbitri. La seconda, che uno dei due stranieri i quali hanno contratto insieme, sia in Francia sia fuori, declinando i tribunali francesi, i principii vogliono che sia rinviato al giudice del suo domicilio. La terza, che questa regola soffre un'eccezione relativamente ai contratti fatti nelle fiere (1). Come si vede, Merlin formula in altrettanti articoli di legge le opinioni emesse nel Consiglio di Stato da Cambacérès, Defermon, Réal e Tronchet. E pure Tronchet ha dichiarato che l'art. 14 non decide nulla, assolutamente nulla, delle cause fra stranieri. Che importa allora che il tal consigliere abbia detto una cosa, che il tale n'abbia detto un'altra? La vera conclusione a trarre dalla discussione come dall'art. 14 è quella della Corte di Bruxelles, che niuna legge stabilisce la regola che i tribunali non possano conoscere delle contestazioni che sorgono fra stranieri, sieno state le obbligazioni contratte all'estero o in Francia; che non si può indurre questa regola dall'art. 14, il quale non fa che stabilire un'eccezione all'adagio *Actor sequitur forum rei* in favore dei francesi verso i quali uno straniero non residente in Francia avesse contratte delle obbligazioni (2).

Non v'ha dunque alcuna legge che proibisca ai tribunali francesi di conoscere delle cause fra stranieri. Che cosa bisogna concluderne, la competenza o la incompetenza? Ci sembra che i principii ammessi dal codice Napoleone sui diritti degli stranieri debbano avere per conseguenza che i tribunali sono competenti per decidere le loro contestazioni. Si riconoscono loro tutti i diritti privati che derivano dal diritto delle genti, la proprietà, il diritto di contrattare; ora, i diritti non sono nulla se non sono sanzionati. Dunque per ciò solo che gli stranieri possono essere proprietari e creditori, bisogna che abbiano il diritto di far valere i loro crediti e la loro proprietà in giudizio. Occorrerebbe un testo ben positivo per togliere un diritto che appartiene loro in virtù dei principii i più elementari. Si concepisce la incompetenza quando lo straniero è senza diritto. Non si concepisce più quando esso ha quasi tutti i diritti privati di cui godono i francesi.

Che se non vuolsi che i tribunali francesi conoscano delle cause fra stranieri, bisogna essere conseguenti e pronunziarsi per l'incompetenza assoluta. Infatti, le ragioni sulle quali la giurisprudenza s'appoggia conducono logicamente a questa dottrina. La Corte di cassazione dice che « i tribunali francesi

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Étranger*, § 2.

(2) Sentenza del 13 giugno 1840 (*Jurisprudence du XIX siècle*, 1840, 2, p. 469). Sentenza del 20 luglio 1835 (*ibid.*, 1836, 2, p. 372).

sono istituiti per rendere giustizia ai francesi » (1). Ecco un principio che esclude ogni idea di giurisdizione sugli stranieri. È così che l'intende la giurisprudenza? Le Corti hanno indietreggiato innanzi ai loro stessi principii; esse hanno ammesso alcune eccezioni all'incompetenza, ma queste eccezioni attestano contro la regola, anzi, se si facesse lor forza, condurrebbero a una regola affatto contraria. Gli autori gareggiano d'inconseguenza con i tribunali. Ne risulta un non so che di arbitrario senza nome e senza fine.

441. Vi ha una prima eccezione che è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. I tribunali francesi, si dice, sono competenti per decidere le contestazioni fra stranieri, quando si tratta di un atto di commercio (2). Su che si fonda quest'eccezione? Osserviamo anzitutto che non è scritta nei nostri testi, al pari della regola alla quale essa deroga. Ecco una cosa già ben singolare. Se, come dice la Corte di cassazione, la giustizia francese non è fatta che per i francesi, se le leggi francesi non concernono che gl'indigeni, occorrerebbe un testo formale per permettere ai tribunali di decidere le contestazioni commerciali degli stranieri. Non sta il principio che l'interprete non può creare eccezioni, che il legislatore solo lo può? Ed ecco che gli autori e i tribunali ammettono un'eccezione che non è scritta in nessun luogo. È vero che s'invoca l'art. 420 del codice di procedura; ma la Corte di cassazione ci dice « che dopo avere a lungo discusso ed esaminata la quistione sotto tutti gli aspetti, essa è rimasta convinta che l'art. 420 non è fatto che per i nazionali ». E non v'ha altro testo! (3).

Dunque un'eccezione senza testo? Su che si fonda essa? Marcadé risponde « che, in causa della celerità che richiedono gli affari commerciali, *si presume legalmente* che i due avversarii abbiano avuto l'intenzione d'essere giudicati, verificandosi il caso, dai tribunali del paese » (4). *Si presume legalmente*, mentre la Corte di cassazione ci viene a dire che non v' ha alcuna legge la quale consacri un'eccezione. Così abbiamo una *presunzione legale* senza *legge* come fondamento d'un'eccezione senza testo! In una sentenza del 24 aprile 1827 la Corte di cassazione dice che gli atti di commercio sono contratti del diritto delle genti, e, come tali, sottoposti, nella loro esecuzione, alle leggi ed ai tribunali del paese in cui hanno avuto luogo » (5).

---

(1) Sentenza del 2 aprile 1833 (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 314).

(2) Vedi gli autori e le sentenze citate in Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 337 e seg. La giurisprudenza è scissa sull'estensione dell'eccezione. Vi si cercherebbe invano un principio.

(3) Vedi le sentenze citate in Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 338.

(4) Marcadé, t. I, p. 105, n. 2.

(5) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Droits civils*, n. 344.

Ecco un motivo gravido di conseguenze. Forse che tutti i diritti di cui godono gli stranieri non derivano da atti o da contratti che hanno la loro origine nel diritto delle genti? La vendita cessa d'essere di diritto delle genti quando si fa tra persone non commercianti? Se vendere e comprare sono sempre atti del diritto delle genti, i tribunali civili devono essere competenti del pari che i tribunali di commercio. Così il motivo che stabilisce l'eccezione distrugge la regola! Il motivo è eccellente; esso stabilisce la vera regola, quella che ammette la competenza dei tribunali francesi come conseguenza del diritto di contrattare.

Demolombe, pur invocando l'art. 420, non sembra sicurissimo che questa disposizione si applichi agli stranieri; egli cerca un altro appoggio, e lo trova nell'art. 3 del codice civile. Non è una legge di polizia, egli dice, quella la quale concerne la rapidità e la buona fede sì necessarie negli affari di commercio? (1). La competenza una legge di polizia! Si può dire, in un certo senso, che la giustizia è d'ordine pubblico, poichè essa mantiene la pace e la tranquillità fra gli uomini. Ma questo motivo, diciamolo ancora, sorpassa di molto l'eccezione; esso fonda una regola affatto contraria, quella della competenza generale, universale dei tribunali francesi. O si dirà che la pace pubblica è meno interessata in una quistione civile che in una quistione commerciale? Che! l'ordine pubblico domanda che i tribunali decidano una contestazione fra stranieri, nata da una vendita commerciale! E l'ordine pubblico permette che questi stranieri si facciano da sè stessi giustizia quando si tratta d'una vendita civile!

442. La dottrina e la giurisprudenza ammettono un'eccezione anche in materia civile: se le parti si sottopongono alla giurisdizione francese, i tribunali potranno decidere le loro contestazioni (2). Noi non domanderemo come si concilia questa eccezione con i motivi sui quali si fonda l'incompetenza dei tribunali francesi; la contraddizione è evidente. Se la giurisdizione è essenzialmente nazionale, se essa non è stabilita che per i francesi, se le leggi non sono fatte che per essi, come potrebbe la volontà degli stranieri dar competenza a tribunali radicalmente incompetenti? Una simile anomalia esigerebbe di certo un testo. E dov'è esso? Si cita l'art. 111 che attribuisce competenza al giudice del domicilio eletto. Ma quest'articolo parla degli stranieri meno ancora dell'art. 420 del codice di procedura.

Le applicazioni che si fanno di questa eccezione sono ancor più strane dell'eccezione stessa. Valette, dopo aver detto che vi

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 442, n. 261.
(2) La giurisprudenza è scissa. Vedi la nota in Dalloz, *Recueil périodique*, 1858, 1, 313.

ha eccezione all'incompetenza nel caso in cui la convenzione contenesse un'elezione di domicilio, aggiunge che questa elezione sarà facilmente presunta in certe convenzioni. Egli cita come esempio il caso in cui è promesso un modico salario a un operaio al quale si comanda un lavoro (1). Che! una *finzione* si presume facilmente, allorchè per sua natura la finzione è di stretta interpretazione! La finzione non è essa ristretta nei limiti precisi della legge? può essa esistere al di fuori di questi limiti? E vuolsi che una finzione si presuma facilmente! Essa si presumerà se il salario è *modico,* non si presumerà se il salario è considerevole. Così, a misura che il suo interesse aumenterà, l'operaio non godrà dell'esecuzione forzata del suo diritto! Esso avrà un'azione quando sarà mediocremente interessato ad averla. Non avrà un'azione quando avrebbe un grande interesse ad agire!

Gli stranieri sono ancora sottoposti alla giurisdizione francese quando l'attore conviene la parte avversaria innanzi e un tribunale di Francia, e quando il convenuto non oppona l'eccezione d'incompetenza in *limine litis.* Se gli stranieri si sottomettono alla giurisdizione d'un tribunale francese, vuol dire che questo debba giudicare la loro contestazione? No, il tribunale francese può dichiararsi incompetente d'ufficio. E se il convenuto oppone l'incompetenza, il tribunale non può giudicare la causa? No, il tribunale può dichiararsi competente malgrado il convenuto. La Corte di Bruxelles si è dichiarata competente contro l'eccezione del convenuto che ripudiava la giurisdizione belga, nel caso d'obblighi contratti in paese straniero. Ammettere l'incompetenza assoluta, dice la già citata sentenza del 13 giugno 1840, sarebbe spesso dare a uno straniero la facoltà di sottrarsi, ritirandosi nel Belgio, all'adempimento delle sue obbligazioni. Nulla di meglio. Ma può la competenza essere determinata da considerazioni di fatto? Se è vero, come dice la Corte di cassazione, che la giurisdizione è nazionale, i tribunali francesi sono incompetenti, e non hanno a preoccuparsi degli inconvenienti che risultano dalla loro incompetenza. Ciò riguarda il legislatore. Che se la loro incompetenza non è radicale, secondo qual principio si deciderà se sono competenti o se non lo sono? Ora si dichiarano incompetenti quando l'attore e il convenuto fanno appello alla loro giurisdizione; ora si dichiarano competenti malgrado le proteste del convenuto. Ov'è il principio? ov'è la ragion di decidere nell'uno piuttosto che nell'altro senso?

443. Si cercano invano dei principii e delle ragioni nella giurisprudenza su questa materia. Non è un rimprovero che noi rivolgiamo ai tribunali; se vi ha un colpevole, questo è il legislatore. Esso avrebbe dovuto porre una regola; nel silenzio

(1) VALETTE in Proudhon (*De l'état des personnes,* t. I, p. 160, nota *a*).

della legge, i tribunali dominati da una dottrina tradizionale si sono pronunziati per l'incompetenza; ma questa dottrina conduceva a iniquità così ributtanti che i giudici sono stati trascinati da un invincibile sentimento d'equità a dichiararsi competenti, anche malgrado il convenuto. La quistione di competenza è dunque divenuta una quistione di fatto. Si può solamente constatare una tendenza, che si osserva soprattutto nella giurisprudenza delle Corti del Belgio, la tendenza a estendere di più in più la competenza. Ciò attesta ancora contro il principio da cui si parte.

Lo straniero, si diceva, dev'essere tradotto innanzi ai tribunali del suo domicilio, ed esso non ha domicilio in Francia. Sia, dice la Corte di Bruxelles, ma esso ha almeno un domicilio di fatto, ed è anche spesso il solo che abbia; bisogna dunque che si possa convenirlo innanzi al tribunale di questo domicilio, altrimenti sfuggirà dappertutto alla giustizia. Conseguentemente la Corte ha giudicato che la donna straniera può domandare la separazione di corpo contro suo marito, domiciliato di fatto a Bruxelles, quantunque da molti anni non vi dimorasse più (1). Nulla di più equo che questa decisione, ma essa conduce a conseguenze lontane. Se basta un domicilio di fatto per attribuire competenza ai tribunali francesi, che diviene il principio dell'incompetenza? La quistione ha formato oggetto di una sapiente requisitoria del procuratore generale presso la Corte di cassazione del Belgio (2). Leclercq contesta il preteso principio sul quale si fonda la giurisprudenza francese; esso nega che i tribunali sieno stabiliti unicamente per vegliare agli interessi degli indigeni. La legge che li istituisce ha uno scopo più elevato, la conservazione della giustizia. Ora, l'ordine non sarebbe turbato, la giustizia non sarebbe violata, se il giudice potesse rifiutare di decidere una contestazione che gli è sottoposta? Invano si dice che il tribunale che si dichiara incompetente rinvia gli stranieri innanzi ai tribunali del loro paese, vale a dire innanzi ai loro giudici naturali. Senza dubbio, l'attore deve proporre la sua azione innanzi al tribunale del convenuto. Ma qual'è questo tribunale? Non è il tribunale del luogo in cui il convenuto abita? non è innanzi a questo giudice ch'esso ha interesse a presentarsi? non è innanzi a questo giudice che si deve avere il diritto di citarlo?

Questa dottrina è stata ammessa dalla Corte di cassazione ed è stata seguita dalle Corti di appello. Si legge in una sentenza

---

(1) Sentenza del 28 maggio 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 294). La giurisprudenza francese è contraria (Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Séparation de corps* n. 92); sentenze della Corte di cassazione del 10 marzo 1856 (Dalloz, 1856, 1, 313) e della Corte di Metz del 26 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 2, 160).

(2) *Jurisprudence du XIX siècle*. Sentenze delle Corti del Belgio, 1840, 1, pagine 296-330 e 1848, 1, p. 547 e seg.

del 2 dicembre 1862 della Corte di Bruxelles (1), che nessun testo interdice ai tribunali di statuire sulle contestazioni fra gli stranieri; la Corte aggiunge che considerazioni d'*equità* e di *convenienza* motivano il loro intervento; essa non vi mette che una condizione, cioè che il convenuto abbia una *residenza certa* o domicilio di fatto nel Belgio. A quali stranieri si ridurrà dunque l'incompetenza? Secondo la giurisprudenza francese, l'incompetenza è la regola, mentre la Corte di Bruxelles dice nella sua sentenza del 13 giugno 1840 che, niuna legge stabilendo l'incompetenza dei tribunali belgi come regola generale, bisogna limitarla agli stranieri i quali si trovano transitoriamente nel paese. Anche Leclercq ammette questa eccezione nella requisitoria che noi abbiamo citata. È essa ben fondata? A noi sembra che l'ordine, che la giustizia domandino che ogni causa sia giudicata nel luogo ove sorge. La giustizia non conosce stranieri. Leclercq dice che le leggi le quali istituiscono i tribunali interessano la polizia e la sicurezza; ora, queste leggi, a termini dell'art. 3 del codice civile, obbligano senza distinzione alcuna tutti coloro che abitano il territorio. Se ogni straniero, anche passeggiero, è soggetto a queste leggi, non è giusto ch'ei possa alla sua volta invocarle?

Leggiamo in una sentenza della Corte di Bruxelles (2) « che nessun testo di legge contiene il principio che i tribunali belgi non possono conoscere delle contestazioni che sorgono fra gli stranieri, anche quando si tratta di obbligazioni contratte all'estero; che il principio contrario è consacrato dal diritto delle genti, il quale riconosce oggidì in Europa, come regola di diritto comune, resa necessaria dallo sviluppo della civiltà e dalle frequenti relazioni dei popoli fra di loro, che il *potere giudiziario d'una nazione s'estende sulla persona e sui beni dello straniero, come sulla persona e sui beni dei regnicoli* ». Tale è, a nostro avviso, la vera dottrina. Essa è ammessa in tutti i paesi civili, come dice la Corte di Bruxelles (3). La Francia soltanto farà un'eccezione? Come può la giurisprudenza mantenere un'esclusione, che ha il suo fondamento nell'odio verso lo straniero, in un paese e nel seno d'una nazione che per la prima ha abolito il diritto d'albinaggio in nome della fratellanza universale?

N. IV. — Quali sono i diritti civili di cui lo straniero non gode.

444. La questione ha poca importanza pratica dopo l'abolizione del diritto d'albinaggio. In teoria, essa è controversa. Si domanda se occorre un testo formale d'una legge o d'un trat-

(1) *Pasicrisie,* 1863, 2, 352.
(2) Sentenza del 28 aprile 1858 (*Pasicrisie,* 1858, 2, 217).
(3) FOELIX, *Traité de droit international privé,* p. 196 e seg.

tato perchè lo straniero goda d'uno dei diritti civili, o basta che la legge gli riconosca un diritto, perchè virtualmente abbia anche i diritti che ne derivano. Gli autori si pronunziano generalmente per quest'ultima opinione. Essi citano come esempi gli articoli 3, 14 e 15 del codice Napoleone, a termini dei quali gli stranieri possono essere proprietari e creditori. Da ciò segue, essi dicono, che hanno tutti i diritti civili per mezzo dei quali la proprietà s'acquista e si trasmette, per mezzo dei quali i crediti si formano e s'estinguono; non è necessario che un testo di legge consacri queste concessioni; esse sono virtuali (1). Ci pare che la questione sia posta male, e l'esempio che se ne dà lo prova. Quando la legge accorda un diritto allo straniero, questo diritto cessa d'essere un diritto civile, poichè i diritti civili sono quelli che la legge non stabilisce che per i nazionali. Il diritto di essere proprietario o creditore non è un diritto civile; esso scaturisce dalla natura o da ciò che chiamasi il diritto delle genti. Ora, per ciò solo che lo straniero può essere proprietario, esso potrà acquistare e trasmettere la proprietà con tutti i mezzi che la legge consacra? No, certo. Bisogna vedere se questi mezzi sono del diritto civile o del diritto delle genti. Nel primo caso, lo straniero non può invocarli; esso nol può che sotto le condizioni determinate dagli articoli 11 e 13. Resta a sapere quali diritti debbono essere reputati civili. Noi abbiamo detto precedentemente che la questione è insolubile, nel senso che non vi ha principio certo che serva a distinguere i diritti civili dai diritti naturali, e non può esservi perchè la distinzione è falsa. Bisogna dunque esaminare volta per volta quei diritti pei quali esiste un dubbio, e risolvere la difficoltà dal punto di vista della dottrina tradizionale, vale a dire, vedere se il diritto di cui si tratta è creato dal legislatore; se esso non esiste che per virtù della legge, è reputato civile: se la legge non fa che organizzarlo, se ha il suo fondamento nella natura, appartiene al diritto delle genti. La decisione sarà sempre più o meno arbitraria, poichè non si può dire con certezza che il tal diritto deriva o non deriva dalla natura.

445. Gli stranieri possono maritarsi; il matrimonio è del diritto delle genti. Bisogna conchiuderne che tutti i diritti di famiglia appartengono allo straniero? Gli si riconosce la potestà maritale, la patria potestà; non vi ha dubbio che per la tutela. Questa viene considerata generalmente come se fosse di diritto civile, e si risponde in conseguenza che uno straniero non può essere tutore di un francese, nè un francese d'uno straniero, nè conseguentemente esser membro d'un consiglio di famiglia. Quest'opinione si fonda sulla dottrina tradizionale che considera la tutela come una specie di funzione pubblica che interessa

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 383 e seg., n. 243.

l'intera società (1). Ma questa dottrina è quella del nostro codice? Una funzione pubblica conferisce una parte qualunque del pubblico potere: qual'è il potere che esercita il tutore? È della tutela come della patria potestà: non è un potere, è un dovere di protezione. Le nostre antiche consuetudini dicevano: Non esiste patria potestà, e tale è anche lo spirito del codice civile. A maggior ragione bisogna dire che non esiste podestà tutoria. Il tutore ha cura della persona del minore, esso dirige la sua educazione. Che ha mai ciò di comune col pubblico potere? Il tutore amministra i beni del pupillo; in ciò esso è un mandatario legale nell'interesse d'un incapace. Il mandato d'amministrare un patrimonio è forse un potere? Ogni potere implica un diritto, e la tutela non consiste che in doveri. Questi doveri sono gli stessi che quelli del padre. Se lo straniero può esser padre, può per ciò stesso essere tutore.

446. Lo straniero può esser padre. Potrà esso adottare un francese? E un francese potrà adottare uno straniero? Noi rimandiamo la questione al titolo dell'adozione. A nostro avviso, essa è dubbia: lo straniero non può adottare nè essere adottato, perchè l'adozione è una creazione della legge civile.

447. Lo straniero può essere proprietario; esso gode della proprietà letteraria ed industriale. Bisogna riconoscergli anche il diritto di possedere delle marche di fabbrica? La Corte di cassazione ha deciso che lo straniero non vi aveva alcun diritto, anche quando possedesse uno stabilimento industriale in Francia (2). Questa decisione non è seguita da tutti gli autori. Noi crediamo che la Corte ha ben giudicato dal punto di vista della dottrina tradizionale. Le marche di fabbrica sono segni il più spesso arbitrarii, che un fabbricante mette sui suoi prodotti per indicarne l'origine, la provenienza. Non v'ha in ciò invenzione, nè creazione che possa costituire una proprietà industriale. Una figura geometrica non diviene, per diritto d'occupazione, proprietà di colui che pel primo se ne serve per marcare i suoi prodotti; essa resta nel dominio pubblico. Perchè divenga una proprietà, è d'uopo che la legge intervenga e determini le condizioni che il fabbricante deve adempiere affine di impedire che la marca ch'esso ha adottata sia adoperata da un altro fabbricante; è allora solamente che nasce la proprietà.

---

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 303, n. 246 *bis*. La giurisprudenza è in questo senso. Una sentenza della Corte di Parigi del 21 marzo 1861 ha deciso che lo straniero non può far parte di un consiglio di famiglia, anche quando fosse parente di minori francesi. Sentenze di Colmar e di Bastia hanno deciso la stessa cosa per la tutela (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 1, 73 e nota, *ibid*).

(2) Sentenza del 14 agosto 1844 (Dalloz, 1844, I, 386-387, e Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Industrie*, n. 271 e seg.); sentenza dell'11 luglio 1848, sezioni riunite (Dalloz, 1848, 1, 140).

Essa è dunque una creazione della legge, e perciò di diritto civile (1). Noi crediamo inutile insistere sulla questione; essa non ha interesse pratico, avendola regolata i trattati.

448. Lo straniero può essere debitore. A termini dell'articolo 1268, il debitore sfortunato e di buona fede è ammesso a far cessione dei suoi beni in giudizio, per avere la libertà personale. Lo straniero gode di questo beneficio? Il codice di procedura glielo ricusa (art. 907). È questa una disposizione tradizionale che ha la sua sorgente nell'avversione contro lo straniero. Bisogna sentire Bacquet per avere un'idea della singolare animosità che perseguitava un tempo lo straniero. « Esso non si ammette, egli dice, a far cessione dei beni; e ciò in virtù di una sentenza pronunciata il 12 maggio 1565 contro uno straniero nativo di Lubecca presso la Danimarca; altrimenti *lo straniero potrebbe succhiare a suo profitto il sangue e la midolla dei francesi, poi pagarli fallendo* » (2). Quanto odio! Il nostro codice dice che la cessione giudiziaria è un beneficio che la legge accorda al debitore *sfortunato e di buona fede*. Perchè la legge non compatisce la sventura e la buona fede degli stranieri? ov'è il danno nel conceder loro un beneficio che i tribunali accordano o rifiutano, che non accorderanno mai se vi ha un sospetto di mala fede? Un simile rigore fa vergogna al legislatore.

449. Lo straniero non è ammesso a far cessione dei suoi beni ai creditori; esso può esser sempre arrestato, ed essere arrestato anche durante il corso del processo. Se è creditore, potrà esercitare l'arresto personale contro il suo debitore? La Corte di Gand ha deciso che l'esercizio dell'arresto personale costituisce un diritto puramente civile; donde segue che lo straniero non potrebbe esercitarlo che in virtù di trattati internazionali, conformemente all'art. 11 del codice Napoleone (3). Certo l'arresto personale non è di diritto naturale; esso è, al contrario, una violazione della libertà che la natura ha data ad ogni essere umano. Ecco dunque un diritto veramente civile. Speriamo ch'esso non brutterà più a lungo la nostra legislazione.

450. Lo straniero convenuto può esigere la cauzione *judicatum solvi* dallo straniero attore? V'hanno poche quistioni che sieno più controverse di questa. Gli autori e la giurisprudenza sono divisi. Vi sono sentenze pro e contro emanate dalla stessa

---

(1) Questa è l'opinione di WAELBROECK, *Cours de droit industriel*, t. II, p. 11 e seg, 40 e seg.

(2) BACQUET, *Du droit d'aubaine*, parte II, cap. XVII, n. 8.

(3) Sentenza del 29 gennaio 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 60). Sentenza della stessa Corte, in senso contrario, del 27 maggio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 336). La requisitoria di Donny, avvocato generale, è una confutazione della sentenza.

Corte (1). L'obbligo di dar cauzione non deriva dal diritto naturale; si potrebbe sostenere piuttosto ch'esso viola un diritto che teniamo dalla natura, il diritto d'agire in giudizio pel mantenimento dei nostri diritti. Non può darsi che lo straniero sia impedito di far valere le sue giuste pretensioni, perchè è nella impossibilità di dar cauzione? Ciò è certamente in opposizione col diritto naturale. È dunque un privilegio creato dalla legge. Questo privilegio sarebbe stato da essa stabilito in favore dello straniero? Nella discussione al Consiglio di Stato, nei discorsi ufficiali, non si parla che dei cittadini, dei francesi. L'art. 16, che stabilisce l'obbligo di dar cauzione, si collega coll'art. 15, il quale tratta delle azioni dello straniero contro il francese; è dunque al francese convenuto che la legge ha inteso di accordare una protezione speciale. Essa non ha pensato allo straniero, poichè non s'occupa neppure delle cause fra stranieri. Ciò ci sembra decisivo. Affrettiamoci ad aggiungere che, se si riconosce questa garanzia necessaria pel francese, non v' ha alcuna ragione per rifiutarla allo straniero. L'antico diritto era ben più logico; quando l'attore e il convenuto erano entrambi stranieri, potevano, ciascuno, esigere la cauzione (2). Ciò che noi preferiremmo si è che non si esigesse da nessuno, perchè essa intralcia e può compromettere l'esercizio d'un diritto naturale.

451. Gli stranieri possono esser testimoni in Francia? Essi possono testimoniare innanzi alla giustizia; ciò è sottinteso. Ma, secondo la legge del 25 ventoso anno XI (art. 9), non possono essere testimoni in un atto notarile; il codice civile riproduce questa incapacità per i testamenti (art. 980). Non vi sono che i cittadini francesi, sudditi dell'imperatore, che possono essere testimoni; dunque gli stranieri non potrebbero esserlo, anche quando godessero dei diritti civili. È questa una delle rare esclusioni che non hanno il loro fondamento in un sentimento d'avversione; si concepisce che lo straniero, potendo lasciare da un momento all'altro la Francia, non sia chiamato ad assistere a un atto autentico che potrebbe eventualmente confermare in giudizio. Il codice stesso fa però un'eccezione a questo principio; esso non esige la qualità di cittadino da coloro che assistono come testimoni a un atto dello stato civile (art. 37) (3). Ciò si spiega. Gli stranieri potendo essere parti in un atto dello stato civile, i soli testimoni ch'essi sieno in caso di produrre saranno il più delle volte stranieri. La legge non poteva dunque escluderli.

---

(1) Sentenza della Corte di Bruxelles del 10 luglio 1866 per la negativa, e dell'8 giugno 1865 per l'affermativa (*Pasicrisie*, 1866, 2, 252; 1865, 2, 281).

(2) Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, parte II, capo XVII, n. 2.

(3) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Actes de l'état civil*, n. 295. Questa è l'opinione generale. Demolombe (n. 281) fa una distinzione inammissibile, esigendo il godimento dei diritti civili, ma non la qualità di cittadino.

§ 2. — *Come lo straniero acquista il godimento dei diritti civili.*

N. 1. - Trattati di reciprocanza.

452. L'art. 11 dice che gli stranieri godranno in Francia dei medesimi diritti civili che sono accordati ai Francesi dai trattati della nazione alla quale questi stranieri apparterranno. Due condizioni sono adunque richieste perchè lo straniero acquisti il godimento dei diritti civili in virtù dell'art. 11: anzitutto la reciprocanza, quindi un trattato che guarentisca questa reciprocanza. L'ultima condizione è stata aggiunta dietro proposta del primo console. Essa si giustifica per la considerazione che i trattati sono contratti che legano le parti contraenti; essi offrono dunque una guarentigia che lè leggi non danno, poichè le leggi possono essere cambiate da un giorno all'altro. Questa instabilità distruggerebbe la sicurezza che è l'anima delle relazioni giuridiche. Le convenzioni internazionali sono più stabili, perchè sono sempre fatte coll'intenzione che abbiano a durare, e le nazioni non le risolvono senza gravi cause.

Nel Belgio l'art. 11 era stato modificato, a questo riguardo, da una legge del 20 maggio 1837. Questa legge ammetteva lo straniero a ricevere e a disporre a titolo gratuito, sotto la sola condizione di reciprocanza, anche quando non vi fosse un trattato. I trattati hanno un inconveniente; cioè di rendere l'acquisto dei diritti civili più difficile per lo straniero, poichè circostanze politiche possono impedire la conclusione d'una convenzione internazionale. Ma la legge del 1837 è abrogata da quella che abolisce il diritto d'albinaggio (legge del 27 aprile 1865). L'art. 11 sussiste dunque nella sua integrità.

453. La condizione di reciprocanza richiesta dall'art. 11 sembra, a primo aspetto, giustissima. È questo il miglior mezzo, dice Treilhard nella sua Esposizione dei motivi, d'impegnare i governi stranieri ad accordare il godimento dei diritti civili ai Francesi. L'esperienza lo prova. Sotto l'antico regime, il diritto d'albinaggio era stato quasi intieramente abolito mediante una serie di trattati. Ma che avvenne allorquando l'Assemblea costituente, cedendo ad una sconsiderata generosità, pronunziò l'abolizione del diritto d'albinaggio in nome della fratellanza universale? Essa sperava che gli altri Stati avrebbero seguito l'esempio che dava loro la Francia. Illusione! Dopo l'89 non si fece più un solo trattato. E nulla di più naturale. I popoli, più ancora che gl'individui, si comportano secondo detta il loro interesse: questa è la base delle relazioni internazionali. Essi consentirono a trattare con la Francia, sotto l'antica monarchia, perchè non potevano ottenere il diritto di succedere che mediante trattati.

Quando l'Assemblea nazionale diè loro tutto ciò che essi potevano desiderare per sè, non fecero più convenzioni per accordare il diritto di succedere ai Francesi, perchè non vi avevano più alcun interesse. Se vuolsi che gli stranieri ottengano dappertutto il godimento dei diritti civili, bisogna stabilire il principio della reciprocanza (1).

Il principio fu vivamente combattuto nel seno del Tribunato. Uno dei più nobili rappresentanti delle idee dell'89, Boissy d'Anglas, sostenne ch'era contrario al ben inteso interesse della Francia. Ciò che ad essa importa è di attirare nel suo seno gli stranieri i quali le apporteranno i loro capitali e la loro industria. Perchè essi consentano a stabilirsi presso di noi, egli dice, bisogna accordar loro il godimento dei diritti privati, senza i quali non avrebbero la libertà civile. La concessione dei diritti civili agli stranieri essendo vantaggiosa alla Francia, non bisogna subordinarla alla condizione di reciprocanza. Questa condizione non ha senso. Essa vuol dire in altri termini: noi dobbiamo attendere, per fare quel ch'è giusto e utile, che i popoli stranieri facciano, alla loro volta, ciò ch'è utile e giusto (2). Se, dice un altro tribuno, a noi è vantaggioso accordare agli stranieri il godimento dei diritti civili, bisogna accordarlo quand'anche essi ce lo rifiutassero nel loro paese (3). Quanto all'esperienza che s'invoca in favore del sistema di reciprocanza, essa non è così decisiva come si pretende. Se dopo l'89 non vi sono stati più trattati per l'abolizione del diritto di albinaggio, se le altre nazioni non han seguito l'esempio della Francia, la ragione è semplicissima. Fa d'uopo rammentare la coalizione universale che si formò contro la Francia rivoluzionaria? Era quando tutte le cattive passioni erano scatenate contro la Francia che si poteva pensare a trattare con essa? La guerra è stata permanente dopo la Rivoluzione; non era questo certamente il momento di entrare in negoziati con un governo che si voleva distruggere. « Eh! che c'importa, dopo tutto, che i re rifiutino di trattare con noi? Noi facciamo ciò che è giusto, ciò che è utile. Liberi essi d'ostinarsi nei loro vecchi pregiudizii » (4).

Chi ha ragione? L'Assemblea costituente e il Tribunato? o il codice Napoleone? Boissy-d'Anglas pronunciò una bella frase nella discussione sul godimento dei diritti civili. Ciò ch'è giusto, egli dice, è anche utile. Che sia giusto concedere agli stra-

---

(1) TREILHARD, Esposizione dei motivi (LOCRÉ, t. I, p. 468, n. 9).

(2) Seduta del Tribunato del 29 frimaio anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 336).

(3) Discorso di Curée nella seduta del 9 nevoso anno X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 336).

(4) BOISSY-D'ANGLAS e CURÉE (*Archives parlementaires*, t. III, pagine 196 e 340.

nieri il godimento dei diritti privati, niuno lo contesterà. La Francia e il Belgio han fatto questa concessione per il più considerevole dei diritti civili, il diritto ereditario. Quindi la logica richiede che si ammetta lo stesso principio per tutti gli altri diritti civili. Si comprende che gli stranieri possano succedere in Francia, e non vi possano stipulare il contratto d'adozione? L'esperienza alla quale il governo consolare faceva appello nell'anno X si è pronunciata contro di esso. Si sperava, si prediceva che il principio di reciprocanza dovesse apportare l'abolizione del diritto d'albinaggio. La predizione non si è realizzata. In Francia e nel Belgio il legislatore ha finito per rinunciare a questo sistema, ma si è fermato a mezza strada. Ciò ch'è giusto ed utile per il diritto ereditario è utile e giusto per tutti i diritti civili. Non debbono esservi più diritti privati dai quali lo straniero sia escluso.

N. II. — Dell'autorizzazione accordata allo straniero di stabilire il suo domicilio in Francia.

454. « Lo straniero, dice l'art. 13, che sarà stato ammesso mediante autorizzazione dell'imperatore a stabilire il suo domicilio in Francia, godrà di tutti i diritti civili, sino a che continuerà a risiedervi ». Questa disposizione si concatena alla costituzione dell'anno VIII, secondo la quale lo straniero diveniva francese dopo una residenza di dieci anni (art. 3). Gli autori del codice civile han voluto facilitare allo straniero l'acquisto della cittadinanza francese, permettendogli di godere dei diritti civili, durante questa specie di sosta, senz'altra condizione che l'autorizzazione del capo dello Stato e la residenza (1). Quantunque la costituzione dell'anno VIII non regga più il Belgio, la disposizione dell'art. 13 è sempre un beneficio per lo straniero che vuole acquistare la cittadinanza belga; infatti, la legge del 21 settembre 1835 porta (art. 5) che la naturalizzazione ordinaria non sarà accordata che a coloro i quali avranno risieduto per cinque anni nel Belgio. Durante questo periodo essi godranno dei diritti civili, se hanno ottenuto l'autorizzazione prescritta dall'art. 13. È sottinteso che questa disposizione giova anche agli stranieri i quali non vogliono farsi naturalizzare. Tuttavia il favore per essi non è senza pericolo. Supponiamo che un belga si stabilisca in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore; egli godrà dei diritti civili in Francia, ma non perderà la qualità di belga? non si potrà dire ch'esso si è stabilito in Francia senza intenzione di far ritorno? e che

(1) VALETTE in Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, pag. 178, nota *a*.

ciò che lo prova è l'autorizzazione che ha domandata di stabilire il suo domicilio all'estero? L'art. 13 non è dunque così favorevole come sembra. È senza dubbio per questa ragione che pochi stranieri ne approfittano. In realtà, non è vantaggioso che a coloro i quali vogliono farsi naturalizzare.

455. La prima condizione che lo straniero deve adempiere per godere del beneficio dell'art. 13 è che ottenga l'autorizzazione dell'imperatore di stabilire il suo domicilio in Francia. Quest'autorizzazione è revocabile. La legge non lo dice, ma è sottinteso. È un favore che il capo dello Stato accorda allo straniero; esso non deve accordarglielo che dopo essersi assicurato che colui il quale lo sollecita ne è degno. Che se colla sua condotta si mostra indegno del benefizio di cui gode, potrà certo esserne privato. Esso resta straniero e, come tale, può essere espulso; a maggior ragione il governo può ritirargli l'autorizzazione che gli ha data di stabilire il suo domicilio in Francia. Lo straniero non ha dunque, anche quando è ammesso a godere dei diritti civili, la garanzia che hanno i cittadini. I francesi non perdono il godimento dei diritti civili che perdendo la loro nazionalità o per effetto di condanne giudiziarie, e quindi in virtù della legge o di un giudicato, mentre un semplice decreto del capo dello Stato basta per togliere allo straniero un diritto che esso tiene da un decreto revocabile per sua natura. Non è dunque vero, come si è detto (1), che l'art. 13 corregge ciò che l'esclusione pronunziata dall'articolo 11 ha di rigoroso. Il godimento dei diritti civili non dovrebbe essere un favore che si concede allo straniero e che gli si toglie a capriccio; bisogna che divenga un diritto di cui ogni uomo gode, solo perchè uomo.

456. Il godimento dei diritti civili accordato allo straniero in virtù dell'art. 13 è precario anche sotto un altro rapporto. Quando un francese lascia la Francia e risiede all'estero conserva la cittadinanza francese anche se rimanga all'estero per tutta la vita, purchè abbia l'intenzione di ritornare, e quest'intenzione si presume sempre. Non è lo stesso dello straniero che ha stabilito il suo domicilio in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore. L'art. 13 dice ch'esso godrà dei diritti civili sino a che continuerà a risiedervi. La residenza è dunque una condizione richiesta perchè lo straniero goda dei diritti civili. Senza dubbio non bisogna intendere questa condizione con un rigore che sarebbe ridicolo, e che, per conseguenza, non si può supporre nel legislatore. Lo straniero fa un viaggio per divertimento, per salute, per affari; niuno dirà che all'istante in cui lascia il suolo francese esso perde il godimento dei diritti civili. Ma bisogna andare oltre e dire che lo straniero conser-

(1) Discorso del tribuno GARY (LOCRÉ, t. I, p. 474 e seg., n. 6, 7 e 10).

verà il godimento dei diritti civili finchè non avrà perduto il *domicilio* in Francia? Questa è l'opinione di Maleville, il quale dice che la parola *risiedere*, nell'art. 13, s'intende del *domicilio* (1). Noi crediamo che questo sia oltrepassare il testo e lo spirito della legge. La parola *risiedere* indica un'abitazione di fatto, a differenza del *domicilio* che è di diritto; bisogna dunque che lo straniero abiti la Francia; se va ad abitare altrove, quand'anche non acquistasse un nuovo domicilio, cesserà di godere dei diritti civili. Tale è anche lo spirito della legge. È per la volontà ch'esso ha manifestata di dimorare in Francia che il legislatore gli accorda il godimento dei diritti civili; quindi deve perderlo dal momento che va a stabilirsi altrove (2).

457. A chi giova l'autorizzazione? La moglie e i figli dello straniero godranno dei diritti civili? A rigor di principio, bisogna rispondere, ci sembra, che, essendo l'autorizzazione personale, anche gli effetti che ne derivano debbono essere limitati alla persona di colui che l'ha ottenuta. Noi abbiam detto ch'essa è un favore il quale non s'accorda che a colui che lo merita. Chi lo sollecita può esserne degno, mentre i membri della sua famiglia possono non esserlo. Se esso vuole che sua moglie e i suoi figli acquistino il godimento dei diritti civili, bisogna che li comprenda nella domanda d'autorizzazione. Il governo deciderà. A stretto rigore, bisognerebbe applicare questo principio anche ai figli nascituri. Essi non possono invocare un'autorizzazione ch'è stata accordata al loro padre in un momento in cui non esistevano. V'ha ancora un'altra ragione per rispondere in questo senso. L'autorizzazione prescritta dall'articolo 13 può far perdere allo straniero la sua nazionalità; ora il marito e il padre non può disporre della nazionalità della moglie e dei figli (3). Tutto è dunque personale in quest'autorizzazione, e l'acquisto e la perdita del diritto. Crediamo ancora che il padre non potrebbe domandare l'autorizzazione in nome dei figli minori. Nessuno può acquistare nè perdere un diritto pel fatto d'un terzo.

Vi ha però una legge belga che ha derogato al rigore di questi principii; l'art. 8 della legge 18 febbraio 1845 porta che lo straniero ammesso a stabilire il suo domicilio nel Belgio acquista domicilio per sè, la moglie e i figli minori pel caso che abbiano bisogno di essere soccorsi. Questa derogazione si comprende: si tratta di assicurare la sussistenza della moglie e dei

---

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. I, p. 29. Marcadé è dello stesso avviso (t. I, p. 100, n. 4).

(2) Questa è l'opinione professata da Mourlon, *Répétitions sur le code civil* (t. I, p. 85 e seg.).

(3) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 96, n. 2. Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 86. Demante è di contraria opinione (*Cours analytique de code civile*, t. I, p. 83).

figli; il diritto alla vita deve prevalere ad ogni altra considerazione.

458. Quali sono gli effetti dell'autorizzazione? L'art. 13 risponde che lo straniero godrà di *tutti i diritti civili*. Esso è dunque, per massima, assimilato al francese. Bisogna conchiuderne che non è più sottomesso alle disposizioni eccezionali che le leggi stabiliscono contro gli stranieri. La Corte di Bruxelles ha benissimo giudicato che lo straniero domiciliato non deve più la cauzione *judicatum solvi*, perchè gl'indigeni non la debbono, e lo straniero autorizzato a stabilire il suo domicilio nel Belgio è considerato come un belga, in quanto al godimento dei diritti civili (1). Per la stessa ragione bisogna conchiudere che lo straniero non è più soggetto all'arresto personale, nè può essere arrestato provvisoriamente. Ciò è fondato sullo spirito stesso di queste leggi eccezionali. Se esse trattano lo straniero più rigorosamente che il francese, gli è perchè quello non offre alcuna garanzia, è perchè può lasciare la Francia da un momento all'altro, nulla vincolandolo al suolo francese. Tale non è più la condizione dello straniero domiciliato; l'autorizzazione stessa che gli è accordata suppone ch'esso ha stabilito la sede dei suoi affari in Francia; il legislatore suppone anche che abbia l'intenzione d'acquistare la cittadinanza francese. Non si può dunque più metterlo alla stregua dello straniero semplicemente residente o passeggiero: offrendo egli le stesse garanzie del francese, ha diritto alla stessa protezione.

È stato anche giudicato che lo straniero domiciliato può far procedere all'arresto provvisorio del suo debitore straniero (2). Questa decisione è fondata sui veri principii. L'art. 13 dice che lo straniero godrà di *tutti i diritti civili;* esso è dunque, per massima, assimilato all'indigeno ed ha i medesimi diritti. Non v'ha eccezione che per i diritti il cui esercizio esige la qualità di francese; tale non è l'arresto del debitore. È questa una garanzia che la legge accorda a colui che ha il suo domicilio e i suoi interessi in Francia contro coloro che nulla vi posseggono. Vi sono però sentenze in senso contrario, e anche gli autori sono divisi (3).

Si può dire che per tutto ciò che concerne i diritti civili lo straniero sia assimilato al francese? Giusta il testo dell'art. 13 sembra che sì, ma esso è troppo assoluto; bisogna combinarlo con altri principii che lo limitano. Quantunque goda di *tutti* i

---

(1) Sentenza del 1 luglio 1826 (MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Caution judicatum solvi*, § 1, n. 2).

(2) Sentenza della Corte di Bruxelles del 20 aprile 1819 (DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Contrainte par corps*, n. 559); sentenza della Corte di Parigi del 28 gennaio 1858 (DALLOZ, 1858, 2, 28 e la nota, *ibid.*), e del 9 maggio 1865 (DALLOZ, 1866, 2, 176).

(3) Vedi la nota in DALLOZ, 1858, 2, 28.

diritti civili, lo straniero domiciliato resta straniero. Ora, la qualità di straniero ha delle conseguenze in diritto privato che sussistono sino a che sussiste la nazionalità. Così lo stato e la capacità dello straniero saranno regolati dalla legge della nazione alla quale esso continua ad appartenere (vedi n. 87). È in virtù di questo principio che bisogna risolvere la quistione di sapere da quale legge sarà regolata la successione mobiliare dello straniero domiciliato. La Corte di Pau ha giudicato che è in virtù della legge francese, perchè i mobili sono soggetti alla legge del domicilio. Questo principio è falsamente applicato (1). Esso vuol dire che per le successioni mobiliari si segue lo statuto personale e non lo statuto reale. Ora lo statuto personale, come abbiamo detto, è lo statuto nazionale e non lo statuto del domicilio (2). Ciò risolve la difficoltà. Lo straniero, quantunque domiciliato, conserva la sua nazionalità, e quindi il suo statuto nazionale. Questo statuto regola la successione mobiliare del pari che il suo stato e la sua capacità.

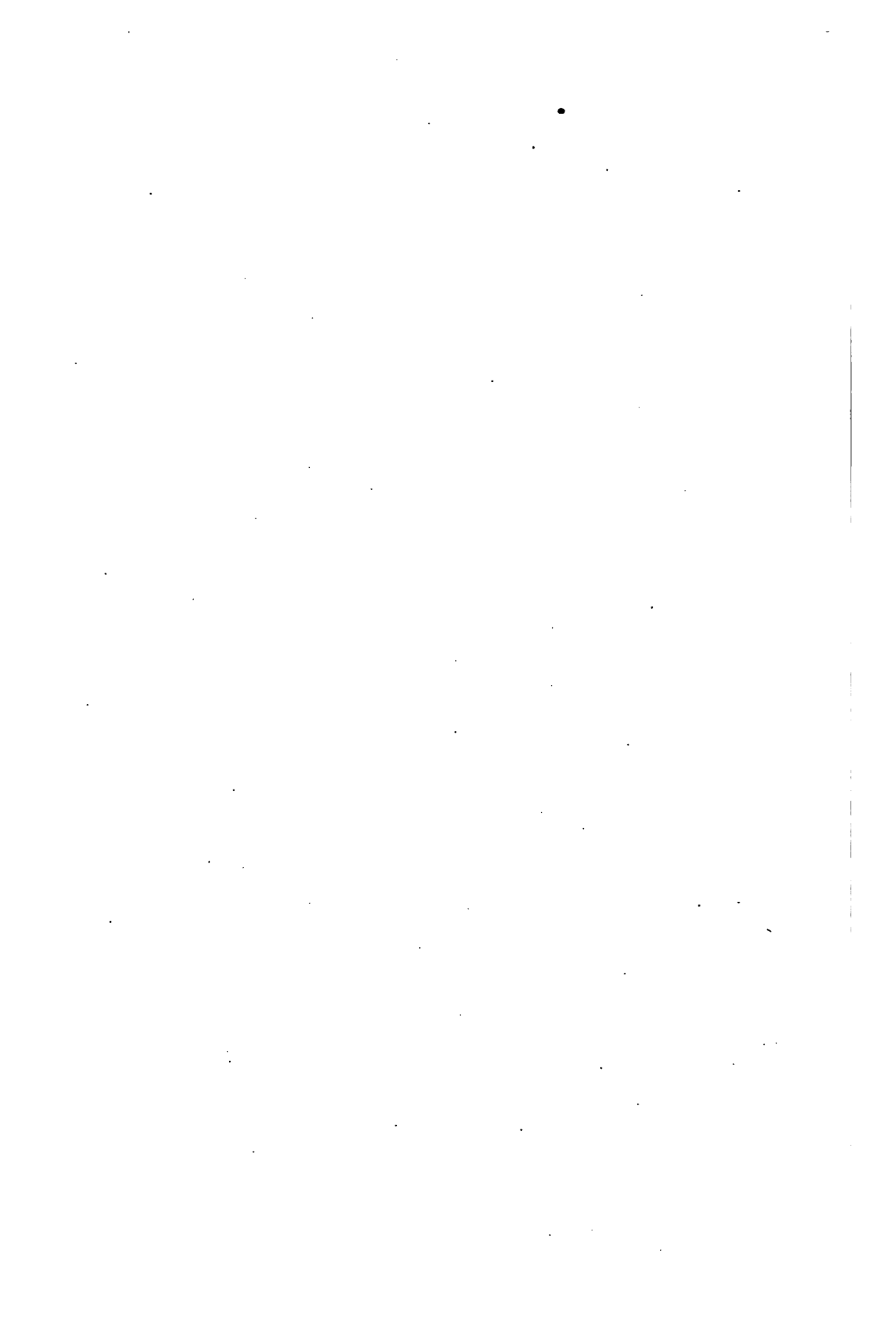
Il principio ci sembra incontestabile; ma bisogna applicarlo anche se lo straniero, stabilendosi in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore, lo ha fatto senza intenzione di far ritorno, e se, per conseguenza, ha perduto la sua nazionalità d'origine? Su questo punto v'ha controversia. Merlin è d'avviso che esso sarà ciò nonostante regolato dalla legge del suo paese per tutto ciò che concerne il suo stato e la sua capacità (3). Noi abbiamo già manifestato l'opinione contraria (n. 55) e vi persistiamo. Lo straniero che non ha patria non può essere regolato dalla legge della sua patria, e la nazionalità d'origine non può esercitare influenza quando più non esiste. Bisogna dunque stabilire che in questo caso lo straniero sarà sottomesso in tutto alla legge del paese ove ha fissato il suo domicilio.

459. V'hanno diritti che per loro natura non possono mai appartenere allo straniero, quand'anche esso fosse domiciliato in Francia con l'autorizzazione dell'imperatore, e quand'anche avesse perduta la sua nazionalità d'origine: sono questi i diritti per l'esercizio dei quali la legge esige la qualità di francese. Lo straniero domiciliato non potrebbe essere testimonio in un atto notarile, perchè i testimonii debbono essere cittadini francesi, sudditi dell'imperatore. Non v'ha alcun dubbio sul principio, ma non possiamo ammettere l'applicazione che ne fa Demolombe. Egli dice che lo straniero non potrebbe essere tutore, perchè la tutela è una dipendenza dello stato politico (4). Noi abbiamo precedentemente risposto a questo argomento tra-

---

(1) Sentenza del 9 giugno 1857 (Dalloz, 1858, 2, 137).
(2) Vedi retro n. 120 e n. 87.
(3) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Étranger*, § 2, n. 10
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 439, n. 267.

dizionale (n. 445); aggiungeremo che non dipende dall'interprete creare condizioni all'esercizio di un diritto. Si comprende, a rigore, che l'interprete decida che la tutela è un diritto civile, perchè nessuna legge definisce i diritti civili. Ma, per ammettere che i francesi soli possono essere tutori, occorrerebbe un testo che stabilisse questa condizione o che dichiarasse almeno che la tutela è una funzione pubblica; ma questo testo noi lo cerchiamo invano. Così la questione è risolta in favore dello straniero.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

APPENDICE I.

Sulla sanzione, promulgazione e pubblicazione delle leggi

(Prof. STEFANO JANNUZZI)

§ I.

Della ragione per la quale le disposizioni sulla pubblicazione ed applicazione della legge in genere furono collocate innanzi al codice civile.

Nel codice civile, dopo il decreto reale di sua promulgazione, trovansi le *disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale.*

Queste disposizioni si contengono in dodici articoli. Le medesime però non hanno per solo obbietto le leggi che governano le persone che si esplicano nelle attinenze della famiglia e nelle attinenze dei beni, le quali leggi, come è noto, formano il diritto civile, ma secondo risulta dal loro titolo stesso, governano la pubblicazione ed applicazione delle leggi in genere, onde esse non formano parte alcuna del codice civile (1).

I compilatori del codice italiano, dopo vivaci discussioni, le hanno qui collocate, in parte tratti dall'esempio del codice francese e dei codici che preesistevano in Italia, ed in parte pel timore d'imbattersi in gravi difficoltà nel formare una legge separata (2).

Però vuolsi notare che, anche secondo il concetto del legislatore italiano, le disposizioni, le quali prendiamo ad esporre,

---

(1) Veggansi i nostri *Elementi di diritto civile*, vol. I, p. 6.

(2) Anche nella compilazione del codice francese fu osservato che queste disposizioni non dovessero far parte del codice civile. Il Portalis con la sua autorità e con ragioni più enfatiche che persuasive sostenne che dovevansi collocare nel codice civile.

Il Portalis disse: « Il titolo preliminare contiene i prolegomeni di tutti i codici, « le leggi delle leggi, e come tale dev'essere posto in fronte del codice civile, « ch'è la prima e più nobile parte dell'edifizio legislativo ».

non formano parte integrale del codice. Nel codice civile francese vi ha il *titolo preliminare della pubblicazione, degli effetti e dell'applicazione delle leggi in generale.* Questi precetti sono racchiusi in sei articoli. Nelle leggi civili napolitane vi ha anche il titolo preliminare che contiene otto articoli. Ora, nel codice francese alle disposizioni preliminari segue l'art. 7, e nelle leggi civili napolitane l'art. 9, che sono i primi articoli che negli accennati codici s'occupano di materia propria del diritto civile.

Nel codice italiano poi, essendosi ad unanimità deciso dalla Commissione coordinatrice (1) che le disposizioni in disamina non formano parte integrante del codice civile, si volle ciò mostrare col far cominciare le disposizioni proprie del codice civile con una nuova numerazione. Onde il primo articolo del libro I, titolo I, del codice civile segna il numero I.

Prima d'inoltrarci nella disamina delle norme sull'applicazione della legge, ricordiamo le differenze che corrono tra la *sanzione*, la *promulgazione* e la *pubblicazione*. Per comprendere poi bene che cosa sia la sanzione, dobbiamo dire della formazione della legge.

§ II.

Della formazione e sanzione della legge.

È noto a tutti che in Italia il potere legislativo è formato dalla Camera dei deputati, da quella del Senato e dal re. « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal re e da due Camere: il Senato e quella dei deputati. » Art. 3 dello Statuto. E l'art. 10 sancisce: « La proposizione delle leggi apparterrà al re ed a ciascuna delle due Camere. Però ogni legge d'imposizione e di tributi, o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato sarà presentata prima alla Camera dei deputati. »

Nel fatto il disegno di legge si propone o da un ministro in una delle due Camere, o da un senatore o da un deputato nel Parlamento. Il disegno di legge si discute in quella Camera,

---

(1) La relazione Pisanelli alla Camera dei deputati nella tornata del 25 novembre 1864 espone, con i pregi che potè comunicargli l'autore, la storia della formazione del codice civile italiano. Il ministro Vacca nello stesso giorno 24 novembre 1864 presentò alla Camera un progetto di legge che autorizzasse il Governo del re a pubblicare per tutto il Regno d'Italia il codice civile, secondo il progetto presentato al Senato nel luglio 1864, con l'introdurvi le modifiche, le quali fossero necessarie, *per coordinare le varie parti fra loro e con le altre leggi dello Stato,* nonchè a fare con decreto reale le leggi transitorie e quelle altre che fossero necessarie per l'attuazione del codice medesimo. Questo progetto nella tornata del 22 novembre 1875 fu votato. Si presentò al Senato il 23 febbraio ed il 29 marzo, e, dopo lunghe discussioni, fu a grande maggioranza approvato. Il re lo sanzionò e promulgava la legge il 2 aprile 1865. Con decreto regio della stessa data venne nominata la COMMISSIONE COORDINATRICE, di che innanzi ci è detto.

nella quale fu proposto, si approva o si rigetta. Approvato che sia, passa all'altra Camera, ed ivi di bel nuovo si discute, si approva o si rigetta.

Nell'ipotesi che sia approvato in entrambe le Camere, si presenta al re, che può anche egli dare o negare la sua approvazione.

L'approvazione del re al disegno di legge approvato dalle due Camere dicesi *sanzione*.

Il re, parte del potere legislativo, mediante la sanzione concorre a formare la legge. Quando il disegno di legge ha ricevuto la sanzione reale esso è divenuto già legge.

L'art. 55 dello Statuto prescrive: « Ogni proposta di legge debb'essere dapprima esaminata dalle Giunte che saranno da ciascuna Camera nominate pei lavori preparatorii. Discussa ed approvata da una Camera, la proposta sarà trasmessa all'altra per la discussione ed approvazione e poi presentata alla sanzione del re.

Le discussioni si fanno articolo per articolo.

Ricevuta però la sanzione, la legge è perfetta considerata in sè stessa, ma non ha ancora forza obbligatoria, e quindi non è perfetta relativamente a coloro che debbono eseguirla. Affinchè la legge sia perfetta per costoro, affinchè cioè sia obbligatoria, vi è d'uopo della *promulgazione* e della *pubblicazione*.

§ III.

Della promulgazione.

ART. 1.

Le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie in tutto il regno nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione, salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto.

La pubblicazione consiste nell'inserzione della legge nella raccolta uffiziale delle leggi e decreti, e nell'annunzio di tale inserzione nella Gazzetta uffiziale del regno

Vediamo che cosa sia la promulgazione.

Il re con la sanzione approva la legge. Dopo che egli ha ciò fatto, fa palese l'approvazione, ed attesta alla società, che la legge è perfetta, perchè fornita dell'ultimo atto necessario alla sua essenza; e mentre egli solennemente attesta ed autentica questo, deve anche, come capo del potere esecutivo, comandare alle autorità amministrative e giudiziarie d'applicare la legge e di farla osservare. Tale atto del sovrano costituisce la *promulgazione*, che può definirsi la notizia *formale* o *legale* della legge, ed il comando d'eseguirla. La notizia della esistenza della legge è data da colui che ha posto l'ultima mano di perfezione,

ed il comando di eseguirla; da quello che, essendo capo dello Stato, innanzi a tutti gli spetta provvedere che si effettui. L'articolo 7 dello Statuto dice: *Il re solo sanzoina la legge e la promulga.*

La forma della promulgazione è stabilita dalla legge 21 aprile del 1861, n. 1. — Questa legge prescrive una formola che consacra l'idea del re eletto e del re d'Italia. « *Articolo unico:* « *Tutti gli atti che debbono essere intitolati in nome del re lo* « *saranno colla formola seguente:* (*il nome del re*) PER GRAZIA « DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE RE D'ITALIA » (1).

§ IV.

Della pubblicazione.

Vediamo ora che cosa è la pubblicazione. Oltre alla legale, o vogliam dire formale notizia della legge, secondo il diritto positivo italiano, s'intende dare a coloro che debbono eseguirla un'altra più larga, sostanziale ed effettiva notizia, cioè così operata, che la legge, se non veramente conosciuta da tutti i cittadini, possa tenersi come certamente conosciuta.

Quantunque non si può pretendere che la legge venga a ciascun individuo singolarmente manifestata, non essendo ciò possibile, pure è indispensabile che coloro i quali debbono eseguirla siano posti non solo nella possibilità, ma nella condizione di facilmente conoscerla. I legislatori per ciò ricorsero a quei mezzi che si reputano i migliori, perchè la legge arrivasse alla conoscenza di coloro che debbono eseguirla, esauriti i quali mezzi nascesse poi la presunzione che, essendo la legge a tutti nota, non si possa allegare l'ignoranza della stessa: *Constitutiones principum, nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.*

Questo si ottiene con la pubblicazione. Assai bene il Vico definì la pubblicazione: *publicatio legum, quae vulgo dicitur, nihil aliud est nisi legis probatio, qua cives ab eius obligatione ob ignorantiam excusari non possunt* (2).

La sola promulgazione quindi rende, secondo il linguaggio della

---

(1) La menzionata legge del 21 aprile 1861 ha riformata la formola della promulgazione sancita dall'art. 1 della precedente legge del 1854. Questo articolo diceva così: *La promulgazione della legge è espressa nella seguente formola:* (Il nome del re) *Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato:*

Noi abbiamo sanzionato e promulgato quanto segue (Testo della legge).

Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello Stato, sia inserita nella raccolta degli atti del Governo; mandando a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

(2) Vedi Vico, *De uni erso iuris,* CL -2.

scuola, la legge esecutoria, ma non la rende ancora obbligatoria. Vale a dire: per effetto della promulgazione la legge trovasi di avere in sè stessa la virtù per essere eseguita, e riunisce le condizioni richieste per questo effetto, ma le manca però l'intrinseca condizione della presunzione che sia stata conosciuta, la quale consiste nella compiuta pubblicazione.

Il legislatore ha distinto la *promulgazione* dalla *pubblicazione*. L'art. 1 delle disposizioni generali che stiamo esaminando dice: « *Le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie in tutto il Regno nel decimoquinto giorno dopo quello* DELLA LORO PUBBLICAZIONE, *salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto* ».

Ma quali sono gli estremi della pubblicazione?

Come vedesi dal trascritto capoverso dell'art. 1 del titolo preliminare, essi consistono nell'inserzione delle leggi nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e nell'annunzio di tale inserzione nella Gazzetta ufficiale del regno. Laonde, in virtù della disposizione menzionata nel suddetto articolo, è necessario, per pubblicare la legge, d'inserirla integralmente nella raccolta ufficiale delle leggi, e basta poi fare il semplice annunzio di questa inserzione nella Gazzetta ufficiale (1).

La pubblicazione però, cioè la piena presunzione della conoscenza della legge, non si ottiene dai soli estremi prescritti dal 2.° capoverso dell'art. 1, perchè all'inserzione ed all'annuncio, di che abbiamo fatto cenno, vuolsi aggiungere l'altro estremo essenziale del decorrimento del tempo necessario perchè la legge possa essere portata alla conoscenza di tutti coloro che debbono eseguirla.

Quando la nazione si estende sopra un vasto territorio, si è osservato che la legge, la quale comincia ad esser nota nella capitale dello Stato, ove prima si diffondono gli esemplari della raccolta uffiziale delle leggi e della Gazzetta uffiziale, non può nello stesso tempo essere conosciuta da coloro che si trovano in luoghi distanti.

Ora si è detto: la presunzione che la conoscenza della legge sia stata diffusa in tutto il territorio dello Stato si può ottenere o gradatamente, successivamente nei varii luoghi, secondo la loro distanza dal luogo ove la legge è stata promulgata e la prima

---

(1) In qual modo poi si debba far constare la inserzione delle leggi nella raccolta, ed in qual modo si debba fare l'annunzio nella *Gazzetta ufficiale* è determinato dall'art. 5 della legge 23 giugno 1854. Approvata, sanzionata e promulgata la legge si affida alla stamperia reale, la quale, a tenore del primo capoverso del menzionato art. 5, « *Consegnerà un esemplare d'ogni foglio della raccolta degli atti del Governo contenente la inserzione d'una legge al guardasigilli, il quale farà constare del ricevimento di tale esemplare in apposito registro.* Prescrive poi il terzo capoverso di questo articolo che il *Giornale ufficiale per cura del guardasigilli ne darà ufficialmente avviso.* Leggasi nella nota alla pag. 55 il detto capoverso dell'art. 5.

volta s'è letta nella raccolta delle leggi, e la prima volta s'è vista indicata nella Gazzetta uffiziale (e questo sistema, che era quello seguìto fra gli altri dal codice napoletano ed è seguìto dal codice francese (1), dicesi *successivo*); ovvero la legge, dopo il decorrimento d'un dato tempo, simultaneamente si reputa conosciuta in tutto il territorio della nazione. Questo metodo dicesi *istantaneo*. Lo stesso si ha quando il legislatore, avendo geograficamente calcolato il tempo, nel quale la legge possa essere conosciuta nel luogo più distante da quella ov'è stata dromulgata, proclama che da tale momento debba ritenersi pubblicata in tutta la nazione.

Il metodo *istantaneo* è quello che ha adottato il codice italiano ed è preferibile al *successivo*, perchè più consentaneo all'indole di precetto generale e comune ed ai principii di eguaglianza, che sonò due attributi essenziali della legge. La legge per questo sistema impera simultaneamente in tutta la nazione, e tutti i cittadini quindi sono egualmente trattati. Pel termine unico di pubblicazione della legge si evita l'inconveniente che nel medesimo tempo sul territorio della medesima nazione imperino leggi discrepanti fra loro e si diminuisce la sorgente delle questioni che nascono dall'incertezza del tempo, nel quale la legge divenne obbligatoria nei diversi luoghi.

Il primo capoverso dell'art. 1 dice: « *Le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie in tutto il regno nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione,* SALVO CHE NELLA LEGGE PROMULGATA SIA ALTRIMENTI DISPOSTO ».

Laonde, in virtù del trascritto articolo, messo in correlazione del secondo capoverso dell'art. 5 della legge 23 giugno 1854, in Italia, *ove non sia altrimenti disposto*, dopo il decorrimento di quindici giorni dal dì in cui nella Gazzetta uffiziale del regno si annunciò l'inserzione della legge nella Raccolta ufficiale, questa nuova legge diviene obbligatoria in tutto il regno, cioè si ha per pubblicata (2).

---

(1) Ecco l'art. 1 delle leggi civili napolitane: « Le leggi obbligano in tutto il territorio del regno delle Due Sicilie in forza della promulgazione fattane dal re, e dal momento in cui la promulgazione è legalmente a notizia di ciaschedun Comune.

La promulgazione è legalmente a notizia:

1.° Del Comune in cui è stata fatta la promulgazione, il dì seguente;

2.° Dei Comuni della stessa provincia, altrettanti giorni dopo il dì seguente alla promulgazione, quante sono le venti miglia di distanza dal Comune della promulgazione;

3.° Dei capiluoghi delle provincie al di qua, e delle valli al di là del Faro, il dì seguente alla promulgazione, colla giunta di altrettanti giorni per quante venti miglia sono distanti del Comune della promulgazione;

4.° E finalmente degli altri Comuni delle provincie e delle valli colla giunta di altrettanti giorni per quante venti miglia sono distanti dai capoluoghi ».

(2) Che i quindici giorni debbano cominciare a decorrere dal dì dell'annuncio ella *Gazzetta ufficiale* e non già dal dì dell'inserzione nella Raccolta ufficiale

In virtù poi del principio che *Dies termini a quo non computatur in termino,* i quindici giorni cominciano a decorrere il giorno appresso a quello in cui la Gazzetta uffiziale dà l'avviso dell'inserzione.

§ V.

Osservazioni critiche sull'art. 1 *delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione, ecc.*

Come vedesi dalla semplice lettura dell'art. 1 e secondo abbiamo innanzi avvertito, la pubblicazione, per la disposizione del detto articolo si avrebbe dall'adempimento dei due estremi dell'inserzione della Raccolta delle leggi e decreti e dell'annuncio di tale inserzione nella Gazzetta uffiziale. Ora, siccome l'adempimento di questi due estremi non basta a rendere in tutto

---

delle leggi, è chiaramente detto dall'innanzi trascritto art. 5 della legge del 23 giugno 1854. E, a dir vero, il quinto capoverso dello stesso dice: « *La detta inserzione* PER L'EFFETTO CONTEMPLATO DALL'ARTICOLO PRECEDENTE PRENDERÀ DATA DAL GIORNO IN CUI IL GIORNALE UFFICIALE DEL REGNO PER CURA DEL GUARDASIGILLI, NE DARÀ UFFICIALMENTE AVVISO CON L'INDICAZIONE DEL NUMERO PROGRESSIVO DELLA RACCOLTA NELLA QUALE LA LEGGE PROMULGATA SARÀ STATA INSERITA. Questo articolo richiama l'art. 4: *per l'effetto contemplato nell'articolo precedente;* ebbene, questo effetto è obbligatorietà della legge; a dir vero l'art. 4 dice così: « *Le leggi promulgate saranno immediatamente inserite nella Raccolta degli atti del Governo.* ESSE SARANNO SENZA ALTRO OSSERVATE IN TUTTI GLI STATI DI TERRAFERMA IL DECIMO GIORNO *e nelle isole di Sardegna e di Corsica il decimoquinto giorno dopo la loro inserzione, salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto* ».

L'illustre prof. Mazzoni, poggiandosi sulle parole: *Le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie* IN TUTTO IL REGNO *nel decimoquinto giorno,* ha insegnato che se un italiano si trovasse in paese estero più o meno lontano, la legge non sarebbe divenuta per lui efficacemente obbligatoria che quando dopo i quindici giorni ne avesse avuto effettivamente conoscenza. Il termine di quindici giorni è fissato per tutto il regno e non per i paesi esteri (Mazzoni, *Istituzioni di Diritto civile italiano,* lib. I, p. 23, n. 16. Firenze, Pellas editore, 1867). Contrario all'insegnamento del dottissimo prof. Mazzoni è l'insegnamento del professor Bianchi. Questi dice così: *Ma quanto a questo argomento* (intendesi l'argomento tratto dalle parole dell'articolo *in tutto il regno*) *è facile rispondere che se nell'articolo delle disposizioni preliminari scrisse che* « LE LEGGI PROMULGATE DAL RE DIVENGONO OBBLIGATORIE IN TUTTO IL REGNO NEL DECIMOQUINTO GIORNO DOPO QUELLO DELLA LORO PROMULGAZIONE » *fu solo per esprimere il concetto di rendere uniforme in tutto il regno il tempo in cui le leggi entrino in vigore, togliendo la differenza che la legge 23 giugno 1854 faceva per alcune parti dello Stato, rispetto alle quali le leggi divenivano obbligatorie più tardi che per le altre. Quanto poi a dire che arrestandosi alle frontiere dello Stato lo scopo ed i mezzi della pubblicazione delle leggi, non debba estendersi più oltre la presunzione legale della conoscenza di esse, sembra potersi opporre: che lo scopo della pubblicazione non si ferma già ai confini dello Stato, ma si estende fuori di esso, se anche in paesi stranieri può essere*

il regno obbligatoria la legge, ma a ciò è richiesto il decorrimento del tempo necessario per reputarsi che il testo della legge siasi diffuso in tutto il detto territorio, tempo fissato in quindici giorni, così ne nasce che la definizione che il secondo comma dell'art. 1 dà della pubblicazione non è completa, perchè s'avrebbe, secondo la locuzione dello stesso, la legge pubblicata senza essere obbligatoria.

Ma, oltre a ciò, se la legge può dirsi pubblicata quando si sono adempiuti tutti gli estremi legali per farla conoscere, non è corretta la locuzione del primo numero dell'art. 1, nel quale dicesi: « Le leggi divengono obbligatorie in tutto il regno nel decimoquinto giorno *dopo quello della loro pubblicazione* ». Avrebbe invece dovuto dirsi: divengono obbligatorie nel decimoquinto giorno dopo quello NEL QUALE COMINCIÒ LA PUBBLICAZIONE.

Ma il difetto maggiore dell'articolo che stiamo esaminando è quello di rimettere la promulgazione e la pubblicazione della legge ad una facoltà troppo estesa del potere esecutivo. Que-

---

obbligatoria la legge nostra, come lo è per quanto concerne lo stato e la capacità personale dei nazionali, i beni mobili che loro appartengono, i beni immobili situati nello Stato ancorchè appartenenti a stranieri residenti all'estero: che parimente non si limitano al territorio solo dello Stato della pubblicazione della legge, poichè questi mezzi possono assai facilmente portare anche in paesi stranieri la conoscenza delle leggi inserite nella Raccolta ufficiale, coll'annunzio che di tale inserzione vien dato nella Gazzetta ufficiale del regno. E in fatto poi avviene generalmente che il cittadino residente all'estero approfitti di questi mezzi, resi più facili dalla frequenza e rapidità attuale delle comunicazioni, per aver notizia di ciò che avviene nel proprio paese e delle innovazioni legislative che vi si introducono. D'altra parte a quali conseguenze fatali ci dovrebbe condurre la dottrina di cui parliamo? Se dalla pubblicazione della legge e dal decorso del tempo stabilito per renderla obbligatoria non potesse sorgere oltre i limiti del territorio dello Stato la presunzione legale che la legge medesima fosse riconosciuta, l'applicazione del principio fondamentale che la legge dev'esser nota per divenire obbligatoria produrrebbe questo effetto; che non si potesse costringere all'osservanza d'una nuova legge il cittadino che si trovasse all'estero al tempo della pubblicazione, se non quando si riuscisse a dimostrare con prove positive che quella legge fosse realmente giunta a notizia di quel tale individuo. Ognuno vede quanto difficile sarebbe una tal prova, in quanti casi perciò la legge rimarrebbe, con grave danno privato ed anche pubblico, inapplicata, quanto largo adito si aprirebbe alle frodi. Davanti a questa conseguenza, la quale pure dovrebbe logicamente derivarsi dalla sua premessa, si è arrestato lo stesso celebre autore che professa questa dottrina (intende il Demolombe. — Veggasi quest'autore, t. I, n. 29), *il quale perciò dopo aver insegnato che* « la presunzione legale non agisce che entro i limiti del territorio dello « Stato » *non sostiene già che la legge pubblicata in Francia non obblighi il francese che si trovi all'estero fuorchè quando* si provi che egli l'abbia *conosciuta, ma dice solo « che* un francese potrà essere ammesso « a pretendere che egli non poteva ancora, stando in paese straniero, conoscere la nuova legge pubblicata in Francia » *ed aggiunge inoltre che nella soluzione di una tale questione tutta di fatto, di circostanze e di buona fede, sarà d'uopo procedere con molte riserbe e molto discernimento* ». — Corso elementare di codice civile italiano dell'avv. professor Bianchi, vol. I, parte 1.ª, pagine 49 e 51. — Il prof. Mazzoni nella 2.ª edizione delle sue *Istituzioni* ha replicato, notando che il valentissimo prof. Gabba, nel volume III.

sto potrebbe benissimo trattenere l'applicazione d'una legge urgentissima.

Vero è che la promulgazione in virtù dell'art. 3 della legge sarda del 23 giugno 1854, divenuta legge comune del regno d'Italia (1), deve esser fatta dal re prima che si apra la successiva sessione parlamentare a quella in cui la legge fu votata.

Le leggi sono esecutive in virtù della promulgazione, che si è fatta dal re, prima dell'apertura della sessione parlamentare immediatemente successiva a quella a cui furono votate, salvo che nella legge medesima sia stabilito un altro termine di promulgazione ». Ed è pur vero che in virtù dell'art. 4 dell'anzi menzionata legge: « *Le leggi promulgate saranno immediatamente inscritte nella Raccolta degli atti del Governo. Esse saranno senz'altro osservate in tutti gli Stati di terraferma il decimo giorno e nelle isole di Sardegna e di Corsica il decimoquinto giorno dopo la loro inserzione, salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto* »

Malgrado però le cennate disposizioni, spettando solo al re di aprire e di chiudere le sessioni del Parlamento, ritardandosi la apertura della sessione successiva a quella nella quale la legge fu sanzionata, si potrebbe ritardare la promulgazione e quindi la pubblicazione. Comprendesi bene che vi ha in ciò un correttivo nell'obbligo imposto al re di convocare in ogni anno il Parlamento, art. 9 dello Statuto, dovendosi necessariamente votare il bilancio. Ma chi non sa che vi possono essere leggi urgentissime, le quali reclamano d'essere subito attuate?

Ma che si può proporre per migliorare il vigente sistema di pubblicazione della legge? Negli Stati liberi la difficoltà di portare alla conoscenza di tutti la nuova legge viene diversamente superata che nei Governi assoluti. Negli Stati liberi, per la compilazione della legge nelle assemblee, per le pubbliche discussioni che hanno uogo, pel telegrafo, pei giornali che ripetono

---

pag. 48 della sua celebre opera sulla retroattività, accenna, approvandola, ad una dichiarazione del Consiglio di Stato francese, il quale adottò l'opinione che segue esso prof. Mazzoni.

(1) La legge piemontese del 23 giugno 1845 fu estesa in tutte le provincie del regno per successive disposizioni emanate fra il 1859 ed il 1861. Nelle provincie napolitane, insieme al relativo regolamento del 30 giugno 1854, ebbe vigore pel decreto della luogotenenza del 17 febbraio 1861. Il detto decreto però guastò la saddetta legge prescrivendo che la pubblicazione avvenisse il decimoquinto giorno dopo quello della inserzione negli Atti del Governo. Questo termine *a quo* non era così pubblico, come quello che si ha dal dì dell'annunzio nella Gazzetta ufficiale. Veggasi il volume della Collezione delle leggi e dei decreti emanati nelle provincie continentali dell'Italia pagine 693 e 703.

queste discussioni nei più lontani paesi, si può dire che la legge si conosce mentre si fa. La vera, la effettiva pubblicazione si ottiene dalla conoscenza delle discussioni dei Corpi legislativi, si ottiene mercè la diffusione dei resoconti parlamentari che si spargono per tutta la nazione e fuori di essa.

Siccome però il nostro statuto richiede la sanzione per far divenire perfetta la legge, così non si è potuto profittare della pubblicità spontanea che si ha nel giorno nel quale la legge è stata votata dalle Camere, per istabilire che decorso da quel dì un dato tempo la legge sia obbligatoria.

Non si deve però credere che non sia possibile stabilire un precetto pel quale la legge si pubblichi, senza che il potere esecutivo abbia la facoltà di ritardare il cammino di essa. Ciò si potrebbe conseguire col prescrivere un termine invariabile entro il quale il sovrano possa dare il *veto* al disegno di legge già discusso ed approvato dalle due Camere, e facendo accompagnare questo atto del sovrano dalla più grande pubblicità.

Così, senza incaricare il potere esecutivo di atti necessarii per la pubblicazione della legge, si potrebbe prescrivere che quella delle due Camere, che è l'ultima ad approvare il progetto di legge, debba intendere ad una stampa ufficiale di essa.

Si potrebbe determinare dal giorno della votazione un tratto di tempo, decorso il quale, ove il *veto* del re non abbia luogo, dovrebbesi avere la legge come pubblicata. Così lasciando correre il corso naturale del tempo, non si sarebbe che fissato il giorno a partire dal quale la necessità dell'esecuzione della legge sarebbe cominciata pei cittadini. Che di più preciso, che di più infallibile? Non potrebbe certamente impedirsi che il tempo non cammini e segni la sua eterna e costante misura.

Così soltanto il cominciamento della forza obbligatoria della legge sarebbe assolutamente affrancato dagli arbitrii del potere esecutivo. Il cominciamento della forza obbligatoria della legge sarebbe in tal modo liberato dall'umiliante tutela del potere esecutivo; essa camminerebbe sola, e per cominciare a comandare non avrebbe più bisogno d'alcuno. In questo modo non è già il potere esecutivo, ma la legge sola quella che regola il primo momento della sua esecuzione.

Appena compiuta la legge, basterebbe a sè stessa, e secondo la bella espressione del Portalis, *Sarebbe la vera immagine dell'ordine eterno*, governando, sin da questo momento, indipendente ed assoluta tutto ciò che essa deve governare, ed il potere esecutivo veglierebbe alla sua effettazione, senza che esso influisca sul cominciamento dell'esecuzione.

La trascrizione della legge nella Raccolta ufficiale delle leggi e decreti e l'annuncio di questa trascrizione nella Gazzetta ufficiale ed altri espedienti potrebbero restare non come mezzi necessarii per la pubblicazione, ma come mezzi semplicemente sussidiarii, la inadempienza dei quali, benchè importerebbe re-

sponsabilità agli agenti del potere esecutivo, non impedirebbe d'aversi per pubblicata la legge (1).

Ed anche oggi, oltre i mezzi necessarii di pubblicazione, vi sono dei sussidiarii. E, a dir vero, benchè la pubblicazione si compia nei modi indicati nel precedente paragrafo, pur tuttavia il Governo deve provvedere affinchè sia affisso pubblicamente in ogni capoluogo di Comune un esemplare di ciascuna

---

(1) Nella costituzione dell'anno VIII in Francia e propriamente coll'articolo 37 si stabilì: « *Tutti i decreti del Corpo legislativo il decimo giorno dopo quello della loro emissione sono promulgati dal primo Console, a meno che non vi sia ricorso al Senato per causa d'incostituzionalità* ».

La Restaurazione cangiò in Francia questo punto importante del diritto e lo fece per mezzo dell'art. 22 della carta « *Il re solo sanziona le leggi e le promulga* ».

Per questo articolo tutto il precedente sistema fu abolito. La legge dovendo ricevere la sanzione, cessò d'essere pubblica la sua formazione e non s'ebbe più il punto di partenza per istabilire a giorno fisso la promulgazione, onde aveva luogo quando piaceva.

L'ordinanza del 27 novembre 1816 provvide a metter un termine per fissare l'epoca della pubblicazione della legge. « Per l'avvenire (diceva questa ordinanza) « la promulgazione delle leggi e delle nostre ordinanze risulterà dalla loro inser-« zione nel *Bullettino ufficiale*. Essa sarà reputata conosciuta, conformemente al-« l'art. 1 del codice civile, un giorno dopo che il Bullettino delle leggi sarà ri-« cevuto nella stamperia reale dal nostro ministro di grazia e giustizia, il quale « constaterà su d'un registro il momento nel quale l'ha ricevuta ».

Così, secondo questa ordinanza del 27 novembre 1816, l'inserzione nel Bullettino delle leggi costituì la promulgazione della legge. La ricevuta del Bullettino dal ministro di giustizia costituì il punto di partenza della forza obbligatoria della legge. Due atti occulti, due atti profondamente segreti per pubblicare la legge, due atti rimessi nella piena balìa degli agenti del potere esecutivo. La ricevuta del *Bullettino* nella segreteria d'un ministro avveratasi a Parigi nelle mani d'un oscuro e basso impiegato serviva a fare spandere per tutta la Francia la forza obbligatoria della legge, cui erano soggetti, dopo il decorrimento d'un termine fatale, trentasei milioni di cittadini.

Nel 1848 in Francia il sistema di promulgazione fu migliorato. Il progetto della Costituzione imponeva al presidente della Repubblica un termine fatale per la promulgazione; v'era pertanto in ciò un difetto, il punto di partenza di questo termine era un atto senza pubblicità; e consisteva nella trasmissione della legge dal presidente dell'Assemblea al presidente della Repubblica.

La Costituzione del 1848 vi sostituì il giorno, nel quale la legge era stata adottata dall'Assemblea nazionale; a partir da quel giorno, essa assegnò un mese al potere esecutivo per promulgare la legge (veggasi la Costituzione del 1848, art. 57).

L'ordinanza del 1816 restò però in vigore per costituire la promulgazione, che consisteva sempre nella ricevuta del Bullettino ufficiale dal ministro della giustizia. Per conseguenza il termine per la forza obbligatoria continuava ad avere un punto di partenza incerto, variabile ed incognito.

Di tal guisa si sapeva di maniera certa il giorno nel quale la legge era stata promulgata e che non poteva cominciare ad obbligare non più tardi di un mese dal giorno di sua promulgazione, ma non si poteva con sicurezza stabilire, anzi neanche prevedere questo giorno preciso della promulgazione, dipendendo esso dall'attività più o meno sollecita de' combinatori, de' compaginatori, de' correttori e de' proti, di stamperia, a dir breve, da tutta la buona o cattiva volontà del servizio della stamperia reale; perlochè si perdeva tutto il beneficio del punto fisso

legge, onde nel miglior modo possibile si diffonda e se ne agevoli la cognizione (1).

È chiaro che, secondo la nostra opinione, sparirebbe la promulgazione della legge. Non vi sarebbe cioè più bisogno dell'attestazione di sua esistenza per mezzo del potere esecutivo. La legge attesterebbe di per sè stessa la sua esistenza; soltanto nell'ipotesi che venisse il VETO del sovrano dovrebbesi dare pubblicità allo stesso VETO.

E anche manifesto che, adottandosi questo sistema, sarebbe abolita la distinzione trà la *forza esecutoria ed obbligatoria delle leggi.*

§ VI.

Dell'eccezione alla regola che non scusa l'addurre l'ignoranza della legge.

Abbiamo esposto nel § IV come, quando si sono esauriti i mezzi destinati alla pubblicazione della legge, si presume che essa sia a tutti nota e non si può allegarne l'ignoranza: *Constitutiones principum, nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.*

Questa presunzione è di quelle dette *jures et de jure*, che non ammettono la prova in contrario.

Niuno per ciò può, eccependo l'ignoranza della legge, sottrarsi alle conseguenze giuridiche derivanti in suo danno dall'inosservanza della legge stessa.

Malgrado le cose dette pure alcun'efficacia all'ignoranza della legge si può attribuire, allorchè si tratta non di cansare le conseguenze derivanti dall'inosservanza delle disposizioni legislative, ma di sciogliersi dagli effetti d'un contratto, del quale l'ignoranza della legge sia stata la *causa unica* o *principale.*

---

e del termine fatale che la medesima Costituzione aveva stabilito per la promulgazione.

Sicchè l'art. 57 della costituzione del 1848 non offrì che delle ingannevoli apparenze e non portò variazione al disposto dell'ordinanza del 1816.

La Costituzione del 52 peggiorò lo stato delle cose; questa Costituzione non stabilì nè *punto fisso,* nè *termine di promulgazione.*

L'art. 10 dice: *L'imperatore sanziona e promulga le leggi ed i senato-consulti.* La sanzione e la promulgazione sono confuse in un medesimo atto, questo atto è essenzialmente segreto, e la promulgazione continuò a consistere unicamente nell'inserzione della legge nel Bullettino.

(1) Veggasi l'art. 4, ultimo capoverso della legge 23 giugno 1854, e l'art. 5 del regolamento approvato col decreto 21 aprile 1861, n. 2, art, 1 della circolare del ministro di grazia e giustizia del 6 maggio 1861.

In questo caso si può benissimo addurre e' provare l'ignoranza della legge, art. 1109 del codice civile. « *L'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la causa unica o principale* (1).

Adducendo l'ignoranza della legge non si mira a togliere l'impero alla legge stessa, nel caso particolare, ma a toglierla al solo contratto, che manca d'una causa, per la quale possa obbligare, consistendo in un errore di diritto la sua causa unica o principale.

Basti un tal cenno, non essendo qui il suo proprio posto.

Prof. STEFANO JANNUZZI.

APPENDICE II.

Sulle leggi personali e reali

(P. S. MANCINI).

I.

La coesistenza di diverse legislazioni sul territorio di un medesimo Stato certamente s'incontra fin dalle grandi epoche della Repubblica e dell'Impero di Roma, dappoichè i Romani con la loro accorta politica non ritoglievano ai popoli conquistati le patrie leggi e le costumanze giuridiche, e si contentavano di assoggettarli alla loro sovranità politica ed alle parti essenziali del loro diritto pubblico. Si può credere che si fossero formate con le occasioni regole per risolvere i conflitti, che potevano nascere tra codeste legislazioni, ovvero tra alcune di esse e il diritto del popolo romano; ma in Roma siffatte controversie si dovevano di ordinario presentare al tribunale del *Praetor peregrinus,* il quale giudicava secondo il *jus gentium,* ed i cui editti, interessando assai meno i cittadini di Roma, andarono perduti e non giunsero sino a noi. Chè, dopo la comunicazione della cittadinanza e del diritto di Roma accordato dalla *Legge Julia* all'Italia intera e da Caracalla a tutti i popoli dell'impero i compilatori del codice giustinianeo pensarono che più non

(1) Quest'articolo corrisponde all'art. 1197 del codice albertino. — Veggasi il nostro *Discorso sul codice civile, confrontato a varii tratti con varii codici d'Europa* Firenze 1866.

sussistesse l'utilità pratica di quelle antiche regole, sufficiente a farle in esso inserire. Da ciò la rarità delle disposizioni relative a questa materia ne' fonti del diritto romano.

Nelle invasioni barbariche le leggi divennero personali o *nazionali*, ciascuna delle nazioni avendo conservato il proprio diritto nelle sedi occupate sopra il territorio conquistato. Così i Longobardi, i Franchi, i Borgognoni e gl'indigeni vivevano col diritto della propria nazione ed Agobardo nella sua famosa lettera a Luigi il Buono potè scrivere: « Veggonsi spesso conversare insieme cinque persone che obbediscono a cinque leggi diverse ». Ecco adunque sotto quale aspetto, durante il lento lavorìo della fusione delle razze vincitrici con le vinte, mostravasi il regime de' diritti personali: sullo stesso territorio la coesistenza delle leggi *familiari e di diritto privato*, delle varie nazionalità componenti la popolazione, che lo abitava; e l'*unità territoriale del diritto pubblico,* imperante indistintamente sopra tutti gli abitanti di qualunque nazionalità, o stranieri o indigeni che fossero.

Il Savigny ravvisò in tal sistema de' diritti personali un primo barlume della *nazionalità elevata* a motivo e limite della *comunanza di diritto* (Traité de droit romain, tome 8, p. 19). Ma unica essendo la sovranità politica, le collisioni che sorgevano circa la legge, la quale fosse applicabile alle persone ed ai fatti giuridici, non potevano avere un carattere internazionale ed erano giudicate con competenza riconosciuta dalla potestà giudiziaria dello Stato.

Successivamente una immensa rivoluzione compievasi. Allorchè i beneficii e gli ufficì sotto la imbelle potestà dei monarchi carolingi si resero ereditarii, e con ciò nacque e ben presto divenne adulto il sistema feudale, la preponderanza giuridica che sino a quel tempo era appartenuta all'*Uomo*, passò alla *Terra.* La *Persona Umana*, anzichè possederla, parve esserne posseduta e divenirne l'accessorio. Così la feudalità immobilizzò il diritto incorporandolo al suolo; così i rapporti *Reali* presero il posto dei *personali*, e questi furono subordinati a quelli, così il sistema dei *diritti personali*, secondo le origini nazionali, scomparve per dar luogo ad un *diritto territoriale* unico e comune a tutti gli abitanti del territorio, indigeni o estranei al feudo.

Se non che il feudo è come una prigione; niuno può uscirne e sottrarsi al vincolo di soggezione al proprio signore. Questi lo ricerca e rivendica da per tutto come cosa sua, come elemento di ricchezza e di tributo, ed addita incancellabile l'obbligazione che a lui lo lega; e viceversa l'uomo straniero al feudo che vi pone sua dimora, non ha diritti nativi e personali che gli appartengono, diviene preda del signore e soltanto dal piacere discrezionale di lui può conseguire la concessione di qualche giuridica facoltà.

Più tardi la feudalità indebolita economicamente e giuridicamente prima dalle crociate e poi dalla rivoluzione comunale, che si andò sviluppando nelle principali contrade di Europa, incontrò un più fiero e pericoloso avversario nelle ambizioni accentratrici del principio monarchico.

Le franchigie de' Comuni in molti luoghi, e specialmente nei maggiori centri di popolazione e di ricchezza, trasformarono il Comune in uno Stato, dipendente per un vincolo più apparente che reale da un potere politico superiore, che quasi per nulla faceva sentire la propria esistenza.

Questi Comuni, avendo a sè richiamato l'esercizio del potere legislativo, dettarono i proprii *statuti* o *consuetudini* per regolare specialmente la famiglia, la proprietà, i contratti, la successione, ed insomma le materie del diritto internazionale privato. In breve quasi ogni città avendo uno Statuto diverso da quello dell'altra, ed essendo numerosi i casi di persone nate sotto l'impero di uno di essi e che contrattassero o disponessero di beni sotto di un altro, i casi di collisioni tra i varii Statuti o Costumanze e le controversie sulla loro applicabilità alle *persone*, a' *beni*, o agli *atti* divennero frequenti, e si venne formando un ramo speciale di ricerche giuridiche su tale materia, che ebbe la peculiare denominazione di *dottrina degli Statuti* o del *conflitto delle leggi*. I paesi, nei quali l'enunciato ordinamento produsse specialmente la moltiplicità e varietà degli Stati, furono l'Italia, e le provincie della Olanda e dei Paesi Bassi e la Francia, divisa in paesi di *diritto scritto*, ov'era in vigore il diritto romano, e paesi di *costumanze* dove coesistevano centinaia di legislazioni consuetudinarie, più o meno difformi nelle materie più importanti del diritto privato.

Ed è appunto in codesti paesi dove quella dottrina conseguì il suo maggiore sviluppo ed ebbe, tra i giureconsulti, dotti e numerosi rappresentanti.

La scuola italiana, la più antica e la prima a consacrarsi a questo studio, novera i glossatori del secolo XII, Bartolo e Baldo, e non pochi altri giuristi de' tempi posteriori. La scuola olandese, il Burgundio, il Rodemburgo, i due Voet, lo Stockmans, l'Ubero, il Cristianeo, il Binkershoek. La scuola francese, il D'Argentré, il Dumoulin, il Bouhier, il Boullenois e il Froland. Anche la Germania ebbe una scuola di giureconsulti che coltivarono questo studio, tra i quali l'Erzio, i Coccei, il Gails, lo Strichio.

Non bastarono sforzi secolari e perseveranti per far disparire codesta immensa varietà di diritti particolari nell'interno di un medesimo Stato, ed in Francia l'unità della codificazione non si sarebbe stabilita senza la grande rivoluzione che seppellì quelle numerose e discordi consuetudini sotto le rovine dell'antico regime.

Il codice francese non è solo un monumento legislativo, ma

ha maggiore importanza per la potenza dell'impulso, che seppe comunicare a tanti altri Stati del mondo civile a seguire l'esempio della Francia nel costruire l'edifizio di una codificazione nazionale. Oggi sono pochi i paesi che non abbiano codici proprii, ne' quali sopra una specie di fondo comune si elevano ordinamenti diversi e disformi nell'ordinamento della famiglia e della proprietà e ne' diritti e doveri che ne derivano. Quindi i casi di collisione tra queste diverse legislazioni e le controversie di diritto internazionale privato sono tuttavia ben numerosi, anzi le moltiplicate comunicazioni tra i popoli li rendono ogni dì più frequenti e di difficile soluzione.

Se non che un lento, ma costante lavoro si va facendo in quasi tutti i paesi inciviliti, col soccorso dello studio della legislazione comparata, per accrescere i punti di somiglianza dei varii codici ad una specie di tipo uniforme e comune.

II.

Vi ha di coloro, i quali dal fatto di questo progressivo movimento di assimilazione e ravvicinamento delle varie legislazioni dei popoli di Europa presumono vaticinare come uno dei beneficii futuri della umanità l'*unità di un diritto civile* comune a tutti i popoli. Se il mondo pervenisse a questa unità legislativa, certamente cesserebbe la causa de' conflitti ed il bisogno di regole per risolverli.

Ma noi pensiamo che questo disegno esagerando una verità limitata, nasconde una pericolosa illusione. Un'attenta analisi della genesi del diritto in ogni umana convenienza attesta il concorso dei due ben diversi fattori al suo nascimento ed al suo graduale sviluppo. Uno di essi consiste in una serie di *leggi generali* rivelate alla ragione dell'uomo, dipendenti dalle *condizioni generali* inerenti alla umana natura, che non mutano, nè possono mutare per variare di tempo e di paese. Il complesso di queste regole agli occhi di Cicerone costituiva la legge che non era diversa in Roma ed in Atene, e che i romani giureconsulti chiamavano *jus gentium* per significare che a tutte le genti era comune. Col crescere della esperienza, delle cognizioni e della civiltà anche il patrimonio di queste regole universali è suscettivo di accrescimento; ma queste addizioni progressive pure hanno lo stessocarattere di universalità, perchè le nuove regole come le antichesono applicabili non già a questa o a quella nazione, ma alle società umane in tutti i paesi e in tutte le latitudini del globo. Questo diritto naturale, universale, costante, precetto della ragione, è l'essenza e quasi lo spirito informatore di tutte le legislazioni particolari de' varii popoli, è come una base, sulla quale ciascuno di essi innalza il nazionale edifizio.

Ma accanto a queste leggi generali, che governano l'intera specie umana, nel seno di ogni popolo, di ogni nazionalità, sorge altresì altrettanto necessaria un'altra categoria di norme, precetti e divieti, che sono frutto locale e caratteristico del paese. È stato già osservato che il clima e la temperatura con l'azione incessante delle loro fisiche influenze modificano nei differenti popoli i gradi di sensibilità, le tendenze, le forze attive, gl'istrumenti per dominare la natura, i bisogni stessi e le condizioni del loro soddisfacimento: la natura del paese, montuoso o piano, bagnato dai fiumi o dal mare, determina il genere di vita e la direzione dello sviluppamento nazionale (1). Anche la razza diversa genera determinate e talvolta caratteristiche disposizioni ed inclinazioni. Le differenze fisiologiche ne producono altre anche psicologiche negli istinti, nelle abitudini e nello svolgimento più o meno facile e precoce delle facoltà intellettuali e morali. Sarebbbe dunque impossibile che ad una sola epoca della vita fosse determinata uniformemente la maggiore età in tutti i paesi della terra, sotto l'equatore e nelle terre agghiacciate de' poli.

A questa differenza di condizioni della creatura umana nelle diverse contrade della terra si aggiungono quelle più numerose e meno importanti, che derivano dalla lingua, dalla storia, dagli eventi che per secoli esercitarono la loro influenza sopra un popolo e ne determinarono la vita travagliata o gloriosa, dalle credenze religiose, dalla costituzione politica, dal modo di ordinamento della famiglia, dalle abitudini, dai costumi, dalle vicende della legislazione, dal sistema della pubblica e privata educazione, dalla coltura intellettuale, dalle idee dominanti nelle scienze, nella letteratura e nelle arti. Per i quali elementi si vede che ogni popolo della terra è non soltanto una collezione di uomini soggetti alle leggi generali della natura umana, ma altresì di uomini dotati di alcune speciali qualità, condizioni, bisogni ed attitudini, che ne costituiscono la peculiare complessione nazionale.

Quando il De Maistre scriveva di aver sempre conosciuto il francese, l'inglese, il russo, ma di non aver mai trovato l'*uomo*, diceva il vero a metà, poichè sebbene ciascuna nazione abbia la propria natura e costituzione speciale, in tutto l'uomo esiste sottoposto alle condizioni ed alle leggi generali e comuni all'intera specie.

Da ciò segue che non è una utopia, ma potrebbe divenire col tempo e con gli sforzi comuni una benefica realtà, l'accordo di tutti i popoli in un *diritto civile unico ed universale della umanità*, quando il suo contenuto si restringesse alla codificazione

---

(1) *La nazionalità come fondamento del diritto delle genti.* Mancini, Diritto internazionale. Prelezioni, Napoli, 1874.

de' soli principii e precetti di giustizia universale, i quali scaturiscono dalla natura dell'uomo e sono indipendenti dalle convenzioni della vita nazionale di ciascun popolo. E per quanto un tal risultamento debba necessariamente considerarsi al sommo difficile, tuttavia il nostro sguardo, penetrando nel lontano orizzonte de' secoli avvenire, ne può concepire la possibilità, come ultima conseguenza del movimento assimilatore, che si è impadronito della codificazione in tutti i paesi della terra.

Ma se l'accordo volesse estendersi sino al punto di sognare una *codificazione mondiale* completa, gli sforzi e le speranze in questa falsa direzione non potrebbero condurre a verun pratico ed utile risultamento.

Un simile accordo sarebbe anzitutto *impossibile*, non potendosi far violenza alle leggi del mondo fisico e della vita fisiologica dell'uomo nelle diverse latitudini; come mai potrebbero accordarsi il Lappone e l'Etiope a stabilire la età del matrimonio e della vita umana?

E se per un prodigio codesto accordo potesse ottenersi od imporsi, esso costituirebbe la più manifesta offesa alle leggi necessarie della umana natura, la più flagrante violenza, la più colossale ingiustizia.

Ma ciò non basta. Suppongasi pure l'Europa sottoposta ad un unico codice civile per consenso comune di tutti gli Stati. Egli è evidente che se questa immensa e maestosa unità dovesse essere durevole e non disciogliersi alla prima difficoltà, riducendosi ad un fumo passeggero ed effimero, diverrebbe dopo ciò impossibile introdurre in codesto codice universale qualunque modificazione senza il consenso di tutti gli altri contraenti.

Se si richiedesse anche il solo consenso della maggioranza degli Stati, la difficoltà di metterli d'accordo non cesserebbe di essere grandissima ed anche col pericolo che il più delle volte questa maggioranza risultasse formata da Stati, ai quali una riforma legislativa sarebbe conveniente ed opportuna, sacrificando ed opprimendo la minoranza di quelli, alle cui condizioni riuscirebbe rovinosa ed intollerabile.

Così, vincolata e distrutta l'indipendenza legislativa di ciascuna nazione, sarebbe innalzato un nuovo e formidabile ostacolo ai progressi della civiltà, i quali sono quasi sempre opera delle riforme introdotte nella legislazione esistente.

Un popolo più degli altri illuminato e liberale, nell'esercizio della nazionale autonomia, è libero di riformare le sue leggi e di accogliere in esse quelle ardite innovazioni che i voti della scienza consigliano, ma che altri governi dominati da pregiudizii e diffidenze credono imprudenti e disastrose.

Dicasi in buona fede: si sarebbero abolite le sostituzioni fedecommessarie, i vincoli della proprietà, si sarebbe distrutta la legislazione protezionista per introdurre il libero scambio, si sarebbe in varii paesi abolita la pena di morte, se fosse

stato impedito ad alcuna delle nazioni di Europa di fare a proprio rischio e pericolo l'esperimento degli effetti che tali riforme produrrebbero nel seno della società, incorraggiando col successo del loro esempio le altre ad imitarle, laddove fosse stato assolutamente necessario conquistare anticipatamente e nello stesso tempo l'adesione ed il consentimento di tutti i popoli civili?

Conchiudiamo adunque che, per quanto il lavoro di assimilazione e di unità possa diffondersi nella legislazione delle varie nazioni, sempre l'unico codice cosmopolitico dovrà restringersi alle regole fondamentali della giustizia universale, necessariamente comune a tutti i popoli; che al più in certe maniere speciali, come le *commerciali* e le *marittime,* attesa la loro indole essenzialmente internazionale e mondiale, l'unificazione potrà estendersi anche alle applicazioni secondarie, e forse in tempi non lontani adottarsi un *codice di commercio universale* similmente un *codice marittimo:* ma nelle altre materie non sarebbe possibile e nè anche desiderabile una completa unificazione, e quindi per naturale necessità e per la stessa benintesa utilità delle società umane sussisteranno sempre *legislazioni e codici nazionali*, più o meno tra loro diversi.

III.

A questo fatto della inevitabile esistenza di codici e legislazioni positive tra loro discordanti se ne aggiunge un altro, che cade sotto la comune osservazione: ed è che l'uomo nasce comospolita, che la natura non lo ha voluto incatenare per tutta la vita al suolo ove nacque. E convien dirlo, se egli non portasse giammai il piede lungi dal paese natale, se non percorresse i mari, se non esplorasse le città, i monumenti, le istituzioni che sono opera di altri popoli, se infine non avesse moltiplicati all'estremo i mezzi di rapida e facile comunicazione tra le varie contrade del globo, mercè l'applicazione prodigiosa del vapore, di che ha tanta ragione di andare orgogliosa l'età moderna, l'uomo rimarrebbe quasi un essere abbozzato ed imperfetto, incompiuta sarebbe la sua alta missione nella vita, e ben altrimenti tardo procederebbe il corso della civiltà.

Perciò al dì d'oggi quasi in tutti i paesi abbondano le persone, i beni e gli atti degli stranieri, e le controversie di diritto internazionale privato sono divenute casi quotidiani nella giurisprudenza dei tribunali. Per tali ragioni il problema del *diritto internazionale privato,* cioè la ricerca dei principii secondo i quali dovrà decidersi quale di codeste legislazioni sia applicabile a ciascuna specie di rapporti di diritto, continuerà ad avere sempre il suo posto nella scienza giuridica, e le collisioni, che non cesseranno di presentarsi tra le leggi de' varii

paesi, occuperanno pur sempre i tribunali, di controversie, che domanderanno di essere risolute in modo razionale, giusto e dappertutto uniforme.

Nello intraprendere questa ricerca, quattro questioni, che potrebbero chiamarsi fondamentali, a noi si presentano, le quali sono le seguenti:

1.° Esiste secondo il diritto delle genti, in ciascuna sovranità indipendente, l'assoluta potestà di ricusare interamente sul proprio territorio qualunque applicazione di leggi straniere?

2.° L'applicazione di leggi straniere sul territorio sottoposto alla altrui sovranità ha fondamento in una libera concessione di cortesia (*comitas*) e nel *consenso espresso o tacito* delle altre nazioni *ob mutuam utilitatem*, ovvero nella esistenza di un *dovere internazionale,* imposto dal diritto delle genti?

3.° Se questo *dovere internazionale* esiste, debbono tutte le nazioni in *eguale misura,* e perciò con *identiche norme* prestarlo e prescriverne e realizzarne l'*osservanza* con la propria nella loro legislazione e nelle decisioni de' loro tribunali?

4.° Quali mezzi possono condurre a questa *eguale osservanza* ed alla *necessaria identità di norme,* circa la ricognizione e garentia di persone, beni ed atti stranieri?

La prima questione è di ben facile soluzione. Certamente l'indipendenza politica di ogni nazione produce per necessario effetto l'indipendenza legislativa, e quindi ogni sovranità ha una incontrastabile libertà di dare a sè stessa quelle leggi che crede convenienti di far osservare nel proprio territorio. Gli altri Stati non potrebbero forzarla a limitarne, o modificarne il contenuto. Tanto meno i tribunali costituiti in seno alla medesima potrebbero elevarsi al di sopra del legislatore e contro il suo volere obbedire a leggi diverse. Ma la potestà di far leggi non si deve confondere con l'autorità di dettar leggi ingiuste e lesive della comunanza di diritto, derivante dalle necessità umane e civili e da' doveri internazionali imposti dal vincolo di generale società, che esiste per tutti i popoli.

Il concetto della *indipendenza* di uno Stato non può esagerarsi al segno di autorizzare la violazione de' diritti di un altro Stato. L'INDIPENDENZA RECIPROCA tra gli Stati non è nè più nè meno inviolabile della *libertà reciproca* tra gl'individui, e questa non è al certo la libertà di offendere gli altrui diritti, la libertà di essere ingiusto.

Se dunque potrà dimostrarsi che per la natura delle cose e per codesta comunanza giuridica del mondo intero esistono veri *doveri internazionali* in questa materia, e non semplici riguardi di scambievole cortesia (bienséance) e convenienza, non potrà contrastarsi la conseguenza che ciascuna sovranità, se non voglia infrangere codesti doveri e rendersi colpevole di vio-

lazione delle leggi internazionali, non abbia il potere legittimo di ricusare affatto qualunque autorità e rispetto alle leggi straniere sul proprio territorio e di forzare anche le persone ed i rapporti giuridici, che per la propria natura dipendono da queste leggi, a piegarsi e sottomettersi al comando incompetente della legge territoriale. Per tal modo la soluzione della seconda questione implica benanche la soluzione della prima.

IV.

Ma anche la seconda può dirsi ormai risoluta nel dominio della scienza, se facciasi attenzione al suo ultimo stato ed alle opinioni de' suoi più recenti ed autorevoli interpreti.

Pur troppo da due secoli aveva ottenuta grande prevalenza la dottrina, che ogni comunicazione di diritto a pro' degli stranieri ed ogni ammessione dell'autorità di legislazioni straniere sopra un territorio non avessero altra base, fuorchè la urbanità e la volontaria benevolenza tra le nazioni, oppure il loro *espresso o tacito consenso* (Ex comitate, ob reciprocam utilitatem). Dallo Ubero (1) e dal Voet (2) sino ai moderni scrittori, lo Story (3),

---

(1) Sono a tutti notissime le tre famose massime, nelle quali UBERO compendiò la sua dottrina della *Comitas*, la terza delle quali era questa: Rectores imperiorum id *comiter* agant, ut jura, cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus *nihil* POTESTATI aut juri alterius IMPERANTI ejusque *civium* praejudicetur ». Onde egli deduceva il corollario che cessi la *comitas* e niun obbligo ci abbia di esercitarla e di dar valori a leggi ed atti stranieri sempre che possa opporsi l'ampia ed elastica eccezione che *rectores alterius populi exinde notabili incommodo afficerentur* (Huber, Praelect, t. II, lib. I, 3. *De conflictu legum*, § 2).

(2) Quid ex *comitate* gens genti... liberaliter et officiose indulgeat, permutat, patiatur (VOET, *De statutis*, §§ 1, 12, 17).

(3) « È difficile concepire su quale fondamento possa appoggiarsi la pretensione di dare un effetto od efficacia extraterritoriale a qualsivogliano leggi municipali, se queste leggi sono pregiudizievoli ai diritti di altre nazioni od a quelli de' loro sudditori. Ciò annullerebbe ad un tratto la sovranità ed eguaglianza d'ogni nazione, la quale fosse chiamata a riconoscerle, convalidarle od eseguirle, ovvero la astringerebbe ad abbandonare i suoi interessi e doveri verso i propri sudditi in favore di stranieri, i quali farebbero poco caso degli uni e degli altri.

« Alcuni giureconsulti hanno pensato che la parola *comitas* non esprime abbastanza l'obbligo delle nazioni di dare effetto od efficacia alle leggi straniere, quando esse non sono pregiudizievoli a' loro propri diritti ed interessi. E venne suggerito che la dottrina poggia sopra più solide basi, che ciò non è tanto un oggetto di urbanità e cortesia quanto un oggetto di mutuo dovere morale. Ora, ammettendo che siffatto dovere morale esista, esso è chiaramente un dovere di *obbligazione imperfetta*, come quello della beneficenza, umanità e carità. Ogni nazione dev'essere giudice supremo per sè stessa non solamente della natura ed estensione del dovere, ma delle occasioni, in cui l'esercizio del medesimo possa venir giustamente richiesto... Il vero fondamento, su cui poggia l'ammistrazione del diritto internazionale si è che le regole, la quali debbono governare, sono quelle che nascono da *mutuo interesse ed utilità*, da un senso degl'inconvenienti che risulterebbero da

il Rocco (1), il Whaeton (2), il Foelix (3), e il Phillimore (4), tutti più o meno caddero nell'errore di scambiare il fatto dell'assoluta padronanza legislativa di ogni Stato con la legittimità del suo ingiusto ed effrenato esercizio, e di confondere ciò che si fa con ciò che potrebbe e dovrebbe farsi.

Questo fallace concetto di una libera e non doverosa concessione, di una volontaria limitazione che ciascuna sovranità apporta a sè stessa e fino al punto che le piaccia, fu, a nostro avviso, il precipuo impedimento alla formazione di una dottrina scientifica del diritto internazionale privato. In effetti, questo ordine di idee, la condizione civile degli stranieri fuori della loro patria e l'autorità conceduta alle straniere legislazioni, derivando da una spontanea e generosa concessione, se ne desumevano a buon diritto due conseguenze: l'una che di codesta autorità ed ammissione spettava alla sola sovranità concedente assegnare a piacimento i limiti e le condizioni sempre giuste, trattandosi di una gratuita largizione e di una volon-

---

una contraria dottrina e da una specie di morale necessità di fare giustizia, acciò a noi pure possa venir fatta giustizia alla nostra volta..

« Conseguentemente non solo non havvi improprietà dell'uso della frase *Comitas gentium*, ma essa è la frase la più appropriata per esprimere il vero *fondamento* e la estensione delle leggi di una nazione ne' territori di un'altra. Essa deriva interamente *dal consenso dell'ultima nazione* e non è ammessibile quando sia contraria alla sua politica, o nociva ai suoi interessi ». STORY, *Conflict of laws*, §§ 32, 35, 38.

(1) Rocco, Dell'uso e dell'autorità delle leggi delle Due Sicilie sugli stranieri, ecc.

(2) WHEATON, *Eléments de droit international*, t. I, p. 105.

I legisti, le autorità pubbliche, i tribunali e gli autori si dirigono non già secondo un dovere di necessità e per una obbligazione di cui può esigersi lo adempimento, ma unicamente per considerazioni di utilità e di convenienza reciproca tra le nazioni (*ex comitate, ob reciprocam utilitatem*).

(3) FOELIX; « Secondo noi non si tratta di decidere se i principii messi innanzi dagli autori sono in sè stessi veri o falsi; la questione è unicamente di sapere se le nazioni riconoscono o non l'autorità di principii comuni e conformi. Ed evidentemente questa questione non può ricevere che una soluzione negativa, perchè ciascuna nazione è troppo gelosa della sua indipendenza per riconoscere una potestà superiore, materiale od intellettuale, avendo missione di decidere che tale o tal'altra legge straniera riceverà la sua applicazione in uno Stato. Bisogna dunque ammettere che, se una legge diventa applicabile, lo è in ragione di una necessità materiale o di un dovere propriamente detto, ma in seguito di una concessione fatta dal potere sovrano del paese in cui la legge straniera trova accesso. E il motivo delle concessioni di questo genere è stato generalmente, e i fatti ne sono la prova, che il sovrano o i suoi sudditi ne avevano già ricevuto o speravano riceverne simiglianti da parte dello Stato così favorito (*Ob reciprocam utilitatem, ex comitate*). *Traité de droit international privé. Prefazione alla seconda edizione.*

(4) Roberto Phillimore considera l'intero complesso del Diritto internazionale privato come il sinonimo di diò che lo Story chiama *Comitas International Comity*. A suo modo di vedere ne comincia l'impero dove ha termine la provincia limitata del vero diritto internazionale. *Commentaries on international laws.* vol. I, p. 3).

taria restrizione del proprio diritto di sovranità; l'altra che in materia affatto discrezionale ed arbitraria non potessero ricercarsi principî speculativi e razionali per regolare i rapporti di diritto internazionale privato, e perciò ridursi questa disciplina ad uno studio di testi positivi e di legislazione comparata, o al più ad un apprezzamento sperimentale de' risultati ottenuti dai vari regolamenti legislativi cui codesti rapporti nei vari paesi furono sottoposti.

Ma negli ultimi tempi la dottrina della *comitas* non solo perdè favore, ma fu oggetto di acerbe e vittoriose confutazioni.

Già dopo i primi dubbi mossi segnatamente dell'Erzio (1), il dottissimo Savigny, mentre non osava del tutto ripudiarla, ne manteneva più il nome che la essenza, quando egli scriveva che negli accordi delle nazioni su tali materie « non dovevasi scorgere l'effetto di una pura benevolenza, l'atto revocabile di una volontà arbitraria, ma ben piuttosto uno *svolgimento proprio del diritto,* il quale segue nel suo corso lo stesso cammino che le regole intorno alla collisione fra i diritti particolari di un medesimo Stato (2). Lo Schaeffner (3) alla sua volta trova il concetto della *comitas* vago, bizzarro, poco legale, incapace di guidare alla corretta soluzione di verun caso di conflitto internazionale.

Il traduttore inglese del Savigny (Guthrie) così commenta l'opinione di quest'ultimo: « Benchè molto siasi parlato della *comitas,* pure è questo un termine che non ha posto nella giurisprudenza. Non esistono decisioni che siano state rese per cortesia. Quando i giudici decidono un caso secondo la legge di un altro paese, lo fanno *ex justitia,* essi sono obbligati di farlo » (p. 9, 33). Senza ricorrere ad estranee autorità, quasi tutti i membri della commissione creata dall'istituto internazionale di Ginevra ebbero occasione di manifestare prima d'ora, più o meno nello stesso senso, il loro avviso sulla questione (Bluntschli, *Diritto int.,* Massè, *Dir. comm. em.,* Westlake, *Di-*

---

(1) Verum nos *valde dubitamus,* num res haec ex *jure gentium,* sive *mutua earum indulgentia* possit definiri.... Tum si sola popolorum conniventia id nisi dicamus quae juris erit efficacia? Nobis paullo altius libet repetere.

(2) Savigny, *Traité de droit romain,* t. VIII. § 348.

(3) Questa idea bizzarra della *Comitas gentium,* sorta da un concetto al tutto stravolto della essenza delle leggi, ha grande somiglianza con una specie di *blocco ermetico* di ogni nazione. Se si considera attentamente in qual modo la *comitas gentium* è stata posta in pratica, si vedrà che non ottenne giammai una conveniente applicazione, o almeno che quasi sempre si è fatto appello a qualche cosa di ben diverso dalla *comitas.* Come potrebbonsi conseguire risultati ragionevoli da una idea così vaga e poco legale? Nel fatto con questo principio non si riuscirebbe anche solo approssimativamente ad una decisione del caso più semplice del diritto internazionale. Dove comincia e dove termina la *comitas?* Come mai potrebbero essere risolute questioni di diritto secondo i suggerimenti della politica che è la cosa del mondo più incerta e variabile? Schaeffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts,* § 30.

ritto int. privato., n. 533), Beach-Lawrence, (*Commentaries*, vol. III, cap. 11, n. 1 e 2, Westlake, *Private Internationale Law*, § 144). Il Westlake fa l'importante osservazione che la dottrina di non potersi ammettere le leggi straniere, fuorchè per una *comitas*, limitata dai diritti e dall'autorità dello Stato, che le ammette, e de' suoi membri, non ci apprende assolutamente nulla, perchè sono precisamente codesti diritti e codeste autorità l'oggetto in questione (1).

Lo scrittore di queste pagine nel corso di diritto internazionale, che esponeva dalla cattedra della università di Torino nel 1853, così ragionava:

« Il trattamento giuridico degli stranieri non può dipendere dalla *comitas* e dal sovrano ed arbitrario volere di ogni Stato; la scienza non può considerarlo altrimenti se non come l'adempimento di un rigoroso dovere di giustizia internazionale, al quale non si potrebbe una nazione sottrarre senza ledere il diritto delle genti e sciogliere il vincolo, che unisce la specie nostra in una grande *comunanza di diritto* poggiato sulla *comunanza* e *socievolezza* della *natura umana*, senza divenir membro ribelle e refrattario della società mondiale, di quella, che il Volfio chiamò *rex publica maxima gentium*.

« Non sono necessarie prolisse e malagevoli argomentazioni per dimostrarlo. Ogni Stato è una morale unità, in quanto che gl'individui di cui si compone sono uomini liberi, imputabili e forniti di diritti derivanti dalla natura e non da concessione politica. Lo Stato, espressione della comune volontà ed interesse, mancherebbe al suo fine e alla sua prima ragione di essere, se invece di riconoscere, rispettare e garantire i diritti e le innocue libertà individuali, arbitrariamente li sconoscesse o limitasse. Ora, se è in vero diritto dell'individuo l'esercizio innocuo della propria libertà fino al punto in cui ad altri non arrechi detrimento e violazione di diritti, codesto è vero e perfetto *diritto*, non già solamente ne' rapporti con gli altri cittadini del medesimo Stato, ma in faccia a tutto il rimanente del genere umano, perchè la conservazione e garentia della libertà dell'uomo non può incontrare altro limite razionale che l'eguale protezione e garantia della *libertà giuridica* degli altri uomini. Onde segue che, secondo i puri dettami della ragione, l'uomo, prima ed indipendentemente dalle leggi positive e scritte, porta con sè dalla natura un titolo ad esigere da tutti gli altri uomini che gli lascino possedere riconosciuta, garentita e sicura quella misura della sua libertà, quella *estensione del suo esercizio*, in

---

(1) In una lettera da lui scritta all'egregio Beach-Lawrence, e che questi ha pubblicàta, aggiungeva la spiegazione, che « se la *comitas* può essere un *motivo* di ammdttere le leggi straniere richieste dalla natura di un determinato caso, essa *non potrebbe mai determinare quali sieno le leggi richieste* da ciascun caso. Beach-Lawrence, vol. III, pag. 57.

qualunque parte della terra egli si trovi, e qualunque sia l'autorità che governi. Le leggi ed i codici, opera fallibile e contingente della volontà dei reggitori degli Stati, non creano codesti *diritti* e *libertà* della creatura umana; ma sono in obbligo di riconoscerli e di rispettarli nella debita misura anche negli individui stranieri. Se nol facciano, violeranno un vero *dovere di giustizia* ed infrangeranno altresì nel tempo stesso l'autorità del diritto delle genti, avvegnachè ogni Stato abbia interesse di vedere rispettati e garantiti i diritti, e le legittime libertà di ciascuno de' suoi membri e cittadini anche dagli altri popoli » (1).

Questa dottrina, la quale respinge come fondamento del diritto internazionale privato la *comitas* o cortesia internazionale ed il *volontario consenso* espresso dalle nazioni per uno scopo di *reciproca utilità,* ed invece risolve il problema fondamentale del diritto internazionale privato, ponendovi a base un vero *dovere obbligatorio di giustizia internazionale,* è ormai abbracciato e propugnato con ardore da tutta la scuola italiana, dall'Esperson (2) e dal Pierantoni (3), i nostri egregi colleghi, dal Fiore (4) e nel recente lavoro del Lomonaco (5). Essa è altresì accettata dagli ultimi insigni scrittori de' vari paesi d'Europa, tra i quali citiamo con onore il nostro autore, il Laurent. Anche il Brocher in un recente scritto meritevole di molti elogi esprimeva non ha guari il medesimo concetto.

Questa rassegna delle opinioni e de' motivi determinanti ci guida alla conclusione, che fino a quando le dottrine del *diritto internazionale privato* si fonderanno sulla *comitas,* sul *volontario consenso delle concessioni,* o sulla interessata *reciprocanza delle utilità* si percorre un falso cammino, il quale non potrà condurre alla verità. Noi dunque dobbiamo elevarci con tutte le nostre forze contro un errore, la cui adozione renderebbe impossibile l'esistenza stessa di una scienza degna di questo nome. È vano speraro qualunque progresso serio ed importante nella civiltà internazionale e nei rapporti delle nazioni tra loro, se non si pone a fondamento del *diritto internazionale privato* il concetto di un *dovere obbligatorio di giustizia internazionale,* la ricognizione ed il rispetto de' *diritti dello straniero* e l'asten-

---

(1) Il corso delle lezioni di *Diritto internazionale pubblico,* l'altro del *Diritto internazionale marittimo* e finalmente quello del *Diritto internazionale privato,* insegnati dal prof. MANCINI dalla Cattedra della regia Università di Torino nell'anno 1851 e seguenti, furono raccolti e stenografati per incarico degli studenti e in Italia vanno per le mani degli studiosi.

(2) Vedi: *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali* Pavia, 1868.

(3) I *Progressi del diritto pubblico e delle genti.* Modena, 1866.

(4) *Trattato di diritto internazionale privato,* di PASQUALE FIORE, professore nella Università di Pisa. Firenze 1874, 2.ª edizione.

(5) GIOVANNI LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale.* Napoli 1864.

sione dal regolare con leggi quei *rapporti giuridici,* che per razionale competenza debbono dipendere dall'autorità di *leggi straniere.*

V.

Risolute così le due prime questioni, ne discenderà come corollario anche le decisioni della terza. Nello scambio di favori e nelle varie epoche e condizioni della loro vita, può concepirsi una disuguale misura di concessioni e di volontari sagrifizi. Al contrario il concetto di un rigoroso e perfetto *dovere di giustizia internazionale* da adempiersi, posto a riscontro della *eguaglianza giuridica* delle nazioni tra loro, richiede per necessità la più completa *eguaglianza di misura* nella conseguente determinazione de' limiti di ciascuna delle politiche sovranità nella prestazione degli uffici che da quel dovere dipendono, nel riconoscimento e nella garentia de' diritti degli individui dei popoli stranieri.

Questa *misura minima* delle obbligazioni internazionali, al di sotto della quale s'incontra la violazione della legge internazionale, deve necessariamente essere la stessa per tutte le nazioni e per ciascuna. Come mai potrebbe venire obbligata una di esse ad imporsi maggior carico delle altre o autorizzata ad esigere maggiori vantaggi?

Ma non solo si appalesa obbligatoria questa *eguale misura* di sacrifizio, diviene benanche necessario che la prestazione dell'eguale e reciproco dovere venga realizzata, mercè lo stabilimento d'*identiche norme* per risolvere i conflitti tra le legislazioni dei varî popoli e per potersi determinare fra tali legislazioni quella applicabile a ciascuna specie dei rapporti di diritto. Senza questa *identità di regole* da tutti riconosciute e concordemente applicabili, continuerebbero sempre a coesistere diverse e spesso contrarie norme prescritte nei varî codici per risolvere i conflitti internazionali, alle quali i rispettivi magistrati dello Stato sarebbero obbligati, e da ciò scaturirebbe tuttavia un cumulo di contraddizioni inconciliabili e di difficoltà spesso ribelli a qualunque sforzo per rimuoverle.

VI.

Passando a giustificare siffatta proposizione con osservazioni politiche di fatto, noi verremo ad un tempo additando quali siano i *mezzi* atti a condurre al desiderato scopo di questa determinazione di *regole eguali* ed *identiche* per tutti gli Stati, e con ciò sarà risoluta altresì la quarta questione.

L'esperienza quotidiana de' giureconsulti e degli uomini che

presiedono alle relazioni internazionali costringe a deplorare la incontrastabile imperfezione e confusione, in cui codeste relazioni si trovano, anche tra i governi più illuminati ed inoltrati nella via del progresso, in tutto ciò che si riferisce alla condizione civile degl'individui stranieri, alla misura ed alla garentia dell'esercizio de' loro diritti civili ed alla facile e reciproca comunicazione dei beneficî assicurati dalle rispettive legislazioni. Un tale stato di cose pur troppo non può cessare fino a che manchi un sistema di regole fondamentali accettate in comune dal consenso de' principali Stati, e fino a che nella varietà delle disposizioni legislative sulla materia persistano le incertezze e le oscillazioni della giurisprudenza ne' diversi paesi e la tenacità, con cui la magistratura quasi da per tutto suole custodire secolari tradizioni e principî quasi sempre poco ospitali verso gli stranieri, siccome le tendenze di altri tempi suggerivano.

Basta addurre qualche esempio, acciò gl'inconvenienti, cui accenniamo, si apprezzino nella loro giusta misura.

In alcuni paesi d'Europa la legge regolatrice dello Stato e della *capacità delle persone* consiste nella *lex domicilî*, cioè, nella legge del luogo, ove la persona fissa o trasporta il suo domicilio o principale stabilimento, nessun riguardo avuto alla *nazionalità* della persona stessa. Il codice Napoleone invece fu il primo a riporre lo *statuto personale* del francese nella sua *legge nazionale,* la quale lo ricopre della sua ombra protettrice in qualunque straniero paese egli si trasporti. Siffatta sostituzione del principio razionale della *nazionalità* a quello affatto accidentale ed empirico del *domicilio,* di sua natura mutabilissimo, venne parimenti adottato in altre moderne legislazioni e tra le altre nel nuovo codice civile italiano. Ma questa diversità di regole produce sovente un conflitto insolubile tra le legislazioni, di due paesi, l'uno dei quali fa dipendere lo stato e la capacità di una persona dalle norme legislative in vigore nello Stato in cui egli si trova *domiciliato,* mentre l'altro li fa dipendere da quelle della sua originaria *nazionalità.* Lo stesso conflitto avviene rispetto all'individuo francese o italiano che nasca in Inghilterra o nell'America del Sud, perciocchè mentre egli al cospetto della legislazione del proprio paese è nazionale e segue la condizione di suo padre, la legislazione inglese e la brasiliana considerano questo stesso individuo come inglese o brasiliano pel fatto della sua nascita nel territorio di questi paesi.

Una donna francese od italiana, che sposi un inglese, perde l'originario stato personale secondo le leggi della sua patria, ed intanto non acquista quello di suo marito, perchè la legislazione inglese non accorda alla donna straniera, che sposi un inglese, la comunicazione della nazionalità del marito.

La perdita della nazionalità francese o italiana per alcuna delle cause prevedute ne' rispettivi codici, o la *naturalità* fran-

cese accordata ad un individuo italiano, ovvero ad un francese producono effetti semplicemente *individuali,* secondo lo spirito della legislazione e la giurisprudenza della Francia, val quanto dire effetti non comunicabili alla *moglie* ed ai *figli minori* dell'individuo medesimo, i quali restano quali erano per lo innanzi senza risentire alcuna mutazione nello stato, a ragione denominato *personalissimo,* della naziolità o cittadinanza; e non di meno, in virtù del novello codice civile italiano, la *moglie* ed i *figli minori* dell'individuo anzidetto partecipano al di lui cambiamento di stato ed acquistano anch'essi la novella nazionalità, salvo una eccezione piuttosto nominale che reale. Per conseguenza si avrebbe un conflitto insolubile di legislazione tra la Francia e l'Italia, se si trattasse di determinare lo stato o la capacità de' medesimi, ciascuna delle due magistrature dovendo attribuire alle medesime persone diverse *nazionalità.*

Passando al regime de' beni, degli atti e delle successioni, sarebbe facile moltiplicare gli esempi di simili contraddizioni. Basta rammentare che rispetto ai *beni mobili* la regola dottrinale, che essi *sequuntur personam,* riceve nei vari paesi diverso senso ed applicazione, alcuni applicando alla fortuna mobiliare la stessa legge dello *statuto personale,* anche dov'è quello della *nazionalità* del loro proprietario, ed altri applicandovi la legge del luogo del di lui *attuale domicilio,* dove un'antica funzione legale li suppone raccolti. Rispetto agli atti, se generalmente è accettata la regola *locus regit actum,* quanto alle *forme estrinseche* de' medesimi, salve alcune eccezioni, veramente si giudica ed in molti luoghi si dubita, se essa abbia un carattere semplicemente *facultativo,* e grandi incertezze si incontrano sulla legge che debba regolarne l'*intrinseca sostanza.* Quanto alle *successioni* immobiliari, sono a fronte i due sistemi, di deferirle secondo le leggi in vigore ne' vari paesi, ove gli immobili sono situati, per l'altra finzione giuridica — *Tot hereditates, quot territoria,* — ovvero di considerare il diritto successorio come l'emanazione del diritto di famiglia combinato coi *diritti di proprietà,* sopra l'unità ideale di un intero patrimonio, e quindi di sottoporre indistintamente l'*universum jus* della successione, mobiliare ed immobiliare, ad una sola e medesima legge, quella personale del defunto, salvo le limitazioni e gl'impedimenti, che possono derivare dalle leggi dell'ordine pubblico del territorio, dalla situazione degl'immobili stessi, come quelle per esempio che abolirono e vietarono i feudi, i fedecommessi, la manomorta, ecc.

Nel nuovo codice civile italiano, del 1865, nelle *disposizioni preliminari,* alle più o meno arbitrarie e pieghevoli tradizioni della giurisprudenza si vollero bensì sostituire alcune regole fisse, regolatrici di questa materia, le quali vennero formulate in altrettanti testuali articoli di legge per opera dello stesso autore del presente scritto, che fu il relatore della commissione

incaricata di quel lavoro. E questo primo saggio di una codificazione compendicsa dell'intero sistema del *diritto internazionale privato* riscosse plauso da quanti espressero un giudizio sul codice italiano e nella pratica ha già dato utili risultamenti. Ma quelle regole non essendo obbligatorie che per la magistratura italiana, negli altri paesi dominano e si applicano regole in parte diverse e le collisioni e le contraddizioni innanzi lamentate continuano.

Se anche ogni nazione nell'opera della sua interna codificazione scrivesse un sistema compiuto di disposizioni regolatrici del diritto internazionale privato, certamente non riuscirebbero uniformi, e ciò basterebbe a mantenere i medesimi inconvenienti.

Queste osservazioni rendono manifesto non potersi con altro mezzo far cessare ed almeno in massima parte scemare i disordini e pericoli di uno stato di cose cotanto anormale, fuorchè mediante la negoziazione e stipulazione tra i varii Stati di una o più convenzioni o trattati internazionali, intesi propriamente a regolare questa speciale materia ed a determinare con uniformi accordi poche, ma precise norme convenzionali per rendere obbligatoria l'applicazione di una o di un'altra tra le legislazioni in conflitto alle *persone,* alle *cose* ed agli *atti* stranieri.

Esistono per verità alcune di queste norme, insegnate nei libri e nelle raccolte di giurisprudenza, ed alcune pochissime adottate benanche in convenzioni speciali, circa l'abolizione dell'albinaggio, le forme degli atti e de' testamenti, le ipoteche, l'esecuzione di giudicati stranieri, ecc.; ma la utilità prodotta da questi patti, dove esistono, benchè essi sieno lontani dal costituire un sistema razionale e completo, permette di argomentare qual grande e benefico frutto produrrebbero trattati contenenti un regolamento ordinato, generale e sistematico dei rapporti giuridici d'interesse privato nella società internazionale, non già secondo convenienze più o meno accidentali e mutabili, ma in conformità dei principii di giustizia e nel fine del più copioso conseguimento di benefizii fra i cittadini tutti degli Stati contraenti.

La persuasione della necessità di simili trattati è ormai entrata da qualche tempo nella coscienza de' più insigni e competenti giureconsulti e pubblicisti, dai quali la questione fu studiata.

Già il Savigny, da noi più volte citato con rispetto, scriveva nel suo libro:

« I giureconsulti raccomandano ed invocano con tutti i loro voti codesti trattati. Essi non stabiliscono un diritto positivo interamente nuovo, nè cambiano completamente lo stato di cose anteriore: ma quasi sempre non sono che l'espressione di quella comunanza di diritto, di cui innanzi si è parlato, e quindi un

avviamento alla ricognizione ognor più completa della medesima.

« Se circostanze esteriori ed impreviste non affrettano questo svolgimento del diritto, si può credere che esso finirà per essere il medesimo presso tutti i popoli. Un tale accordo potrebbe risultare dalle dottrine scientifiche, alle quali si uniformerebbe la pratica dei tribunali: esso potrebbe altresì risultare da una legge sulla collisione dei diritti locali adottata da tutte le nazioni. Io non affermo che quest'ultimo mezzo sia verosimile, o anche che sia preferibile alla via puramente scientifica. Ma il concetto di questa legge può servirci come termine di paragone per le regole da stabilirsi sulla collisione; per ciascuna di queste noi dovremo domandarci se meriterebbe di prender posto in una legge comune a tutte le nazioni » (1).

Lo stesso voto si manifestò dal Masse, dal Laurent, dal Beach-Lawrence (2), dal Brocher (3), dall'Esperson (4), da Fiore, dal Pacifici Mazzoni e da altri scrittori italiani, ed anche nel 1865 dalla Commissione legislativa incaricata dell'ultima revisione del nuovo Codice civile italiano. Tutti opinano che per combattere la tendenza alla varietà e disformità risultante dalle diverse codificazioni nazionali, il solo mezzo è quello anzitutto di formare una dottrina scientifica abbastanza potente per essere generalmente accettata e per trionfare degli ostacoli, e poi di pervenire a consacrarla in un sistema di trattati internazionali regolatori della materia.

Già più volte la Camera dei deputati italiana rivolse il suo pensiero su questo argomento. Nel giorno 30 marzo 1863 approvò col suo voto una risoluzione (ordine del giorno) in tal senso proposta dall'autore del presente lavoro nella sua qualità di deputato al Parlamento.

Nella discussione del trattato di pace con l'Austria (1866) egli stesso, qual relatore della Commissione parlamentare incaricato di riferire sul trattato, fece al Governo, con l'assentimento della Camera, raccomandazione d'intraprendere negoziati con le diverse potenze ed anche con l'Austria per lo studio di un trattato, che abbracciasse l'intero sistema delle garanzie de' diritti privati negli Stati stranieri e le reciproche facilitazioni internazionali per la efficace amministrazione della giustizia civile e penale.

In seguito a questi precedenti ed all'incarico già affidato dal Governo italiano sin dal 1861 all'autore del presente scritto di studiare il progetto di un trattato avente tale scopo, il Governo affidò nel 1867 a lui stesso la missione officiosa di pro-

(1) Savigny, t. VIII, §§ 348, 360.
(2) Beach-Lawrence, vol. III, p. 369.
(3) Brocher, p. 153, *Épilogue*.
(4) Opera citata.

porre ed intraprendere su tale argomento negoziati di un trattato con la Francia, la Germania ed il Belgio.

Per soddisfare il desiderio espresso dai ministri dell'imperatore de' Francesi di prendere ad esame un testo concreto di proposte, egli compilò una specie di saggio preliminare del relativo progetto, dichiarando che non si dovesse considerarlo come progetto e proposta deliberata di un trattato, nè come l'espressione della soluzione che si dovesse dare, in preferenza di ogni altra, a ciascuna delle importanti questioni che s'incontravano nel formulare le singole stipulazioni di quell'accordo.

In quella occasione egli fece valere in una memoria all'uopo comunicata a' Governi, co' quali si pose in relazione, molta parte delle considerazioni pratiche richiamate intorno alle insuperabili difficoltà e disordini derivanti dal presente stato del diritto nella legislazione europea, ed intorno alla necessità di porvi fine.

In questa materia, egli aggiungeva, alla quale sono affatto estranei gl'intenti politici dei Governi, la necessità di stipulare una perfetta reciprocanza crea per ambe le parti e pei rispettivi negoziatori un solo e cómune interesse, quello di cadere di accordo per lo stabilimento di regole certe ed obbligatorie, non importa quali, ma che si riconoscano come le più conformi a' principii di giustizia ed all'incremento della utilità internazionale.

Chi scrive osò attestare quali preoccupazioni ed ostacoli siffatta iniziativa incontrasse in Francia e nell'opinione di alcuni dotti giureconsulti e magistrati. Tuttavia, condotte le negoziazioni con l'efficace concorso dell'abile e valoroso ministro italiano (Nigra), dopo varie discussioni intervenute co' ministri Rouher, Moustier, Lavalette e Baroche, fu dichiarato che il governo francese accettava in massima la conclusione di un trattato con l'Italia in questa materia sulle basi della proposta, lasciando aperto il protocollo all'accessione di altri governi.

Con maggior facilità e favore i medesimi negoziati procedettero a buon fine presso i Governi della Germania del Nord e del Belgio.

E forse quegli accordi sarebbero già un fatto felicemente compiuto con grande beneficio della civiltà internazionale, se le politiche vicende indi sopraggiunte, e specialmente il nuovo intervento francese in Roma, non avesse rotto il filo delle negoziazioni e lasciata indefinitamente in sospeso la loro finale conclusione.

Se non che altri fatti più recenti meritano qui menzione.

L'uno è che nelle iniziative prese in Europa ed in America nello scorso anno per lo studio di una codificazione del diritto delle genti si fece larga parte allo stabilimento di regole uniformi da accettarsi da tutte le nazioni per la decisione de' conflitti tra le diverse legislazioni nelle materie del *diritto internazionale privato.*

Il secondo è che la Camera de' deputati italiana, accettando all'unanimità nel giorno 29 novembre 1873 la mozione fatta dall'autore della presente relazione, nella sua qualità di deputato, in favore degli *arbitrati internazionali,* approvò benanche il voto espresso dal proponente nella sua formola « che il Go« verno volesse perseverare nella benemerita iniziativa, da più « anni da esso assunta, di promuovere convenzioni fra l'Italia « e le altre nazioni civili per rendere uniformi ed obbligatorie « nell'interesse de' popoli rispettivi le regole essenziale del di« ritto internazionale privato » (1).

Un ultimo fatto è la proposta che il governo di S. M. il re di Olanda ha fatto, nello scorso marzo, a tutti gli altri governi di inviare i rispettivi delegati ad una conferenza internazionale incaricata di studiare e formulare norme uniformi per determinare, mediante una convenzione, le basi ed i limiti della competenza de' tribunali de' varii Stati ne' loro reciprochi rapporti e per agevolare in ogni Stato l'esecuzione de' giudicati emanati

---

(1) Si possono trovare notizie di questa missione nella Introduzione al Corso di diritto internazionale *La vita dei popoli nella umanità,* letta all'Università di Roma nell'anno 1873, e nel discorso parlamentare del 24 novembre 1873, sopra gli arbitrati internazionali e la possibilità nella codificazione del diritto delle genti private. Questo discorso è stato tradotto in francese e in inglese (Bullettini delle Società della pace di Parigi e di Londra. L'oratore dopo avere ricordato gl'incidenti della sua missione conchiudeva:

« Poichè l'Italia assunse questa iniziativa, a me sembra che nell'attuale movimento della opinione pubblica in Europa per far intraprendere in tutto o in parte la codificazione del diritto delle genti converrebbe farne un primo tentativo nei principii regolatori del diritto internazionale privato, nel quale non può temersi collisione d'interessi politici, nè dissenso radicale tra gli Stati, l'unico e comune scopo dovendo essere quello di scegliere e determinare tali norme e principii che possono essere considerati più conformi alla giustizia e all'interesse generale della umana convivenza.

« Propongo adunque che la Camera voglia con la sua autorità raccomandare al Governo del re, acciò quando si presenti l'occasione propizia non ometta di ripigliare le interrotte trattative, coltivi le intraprese negoziazioni e le conduca a buon termine anche per non perdere il merito della sua iniziativa; parendomi che oggi le disposizioni degli spiriti siano assai più favorevoli e che se a me riuscì di conseguire dai governi di Francia, del Belgio e dell'Alemagna del nord un'accettazione, oggi nuovi negoziati potrebbero riuscire ad una pratica e definitiva conclusione ».

Il ministro degli affari stranieri rispose con un discorso di completa adesione, del quale vi riferisco il seguente brano:

« Quanto al terzo punto, nel quale il Governo è invitato a promuovere convenzioni fra le nazioni civili per rendere uniformi ed obbligatorie, nell'interesse dei popoli rispettivi, le regole essenziali del diritto internazionale privato, io ammetto pienamente l'utilità dell'assunto, mi compiaccio che l'onorevole deputato Mancini abbia riconosciuto che il governo aveva cercato di operare utilmente qualche cosa in questa via e sarò sempre lieto di poter tener conto di potermi giovare dei lavori già compiuti, dei consigli e della dottrina del preopinante ».

Questa adesione fu seguita da un'altra eloquente adesione dell'onorevole deputato prof. Paolo Boselli, nella qualità di relatore del bilancio degli affari esteri.

da' tribunali stranieri. L'Italia fu la prima a fare l'accoglimento il più favorevole alla proposta del Governo neerlandese, ed il Belgio, la Russia e l'Austria-Ungheria si associarono con adesione pura e semplice. La Danimarca e la Svezia, benchè mostrassero poca fiducia nella riuscita, fecero buon viso alla richiesta, a differenza della Norvegia, la quale non sembra disposta ad abbandonare un antico sistema d'isolamento, osservato con tanta rigidezza che per l'innanzi non volle stringere accordi con la vicina Danimarca e neppure con la Svezia per la esecuzione de' giudicati in materia civile. I negozianti sono tuttora pendenti e dobbiamo far plauso all'iniziativa neerlandese, ed augurarle propizio successo.

Ma la parte generale del nostro lavoro qui non si compie, imperocchè riconosciuta l'utilità e la necessità di un generale accordo o patto internazionale, in cui sieno accettate dagli Stati contraenti norme uniformi ed identiche regolatrici delle relazioni di diritto internazionale privato, spontanea si presenta la domanda se tali norme debbano ricercarsi e stabilirsi empiricamente con la scorta del prudenziale arbitrio e con la sola precauzione di doversi rispettare il meglio che si possa tutte le convenienze e gl'interessi de' Governi contraenti, o invece debbano dipendere da principii di ragione e di rigoroso diritto e dalla loro applicazione sistematica. In questa ultima ipotesi è di tutta necessità decidersi alla scelta di un sistema, che riposi sopra una soddisfacente dimostrazione razionale rigettando gli altri, e che nelle sue applicazioni realizzi armonicamente e solidamente la garentia di tutti i diritti e possa trionfare di tutte le difficoltà.

Non è questo il momento opportuno per intraprendere una esposizione critica de' più conosciuti sistemi che sono stati proposti. Ma indirizzandosi le nostre considerazioni ad una eletta schiera di sapienti maestri sulla materia, non vediamo il bisogno di consacrare ad una tale rassegna un lungo esame, ma basteranno rapidi e fugaci cenni per far intendere il nostro pensiero e per giustificare le nostre conclusioni.

D'altronde prima lo Schaeffner e poi lo stesso Savigny non hanno mancato d'intraprendere questa rassegna critica, benchè entrambi ai principii ed alle formole altrui vittoriosamente confutate contraponessero altre formole, ch'è facile riconoscere altrettanto difettose e suscettive di poco dissimili confutazioni.

Per le precedenti considerazioni rimangono di già esclusi tutti i sistemi che *negano in massima ogni autorità delle legislazioni straniere,* e quelli che indirettamente riposano sullo stesso presupposto, facendo dipendere *l'ammessione e l'uso delle leggi straniere* in altri territorii unicamente dal *consenso espresso o tacito della sovranità territoriale* e dalla interessata condizione della *reciprocanza.*

È facile del pari accorgersi che altre pretese soluzioni dello

enunciato problema sono immeritevoli di questo nome, perchè, adoperando *formole* sostanzialmente sinonime della stessa questione da risolversi, si riducono presso a poco ad altrettante *petizioni di principio*. Tal'è la dottrina insegnata da parecchi giureconsulti alemanni rammentati dal Wæchter, secondo la quale nella collisione delle diverse legislazioni deve applicarsi quella che *mantiene i diritti legittimamente acquistati*. Imperocchè rimarrà sempre ancora a ricercarsi quale legislazione dovrà determinare la legittimità di tale acquisto, e perciò se in ciascuna ipotesi esista, o pur no, *un diritto legittimamente acquistato,* specialmente allorchè le *persone,* tra le quali ha luogo il fatto giuridico, appartengono a diverse nazionalità, e i *beni* esistono e gli *atti* si facciano in diversi territorii. In tal guisa l'oscurità non sarà punto dissipata. Ed inoltre, allorchè entrambe le legislazioni in conflitto non ledano i *diritti già acquistati,* quale sarà tra esse la legge applicabile?

Dicasi lo stesso anche della dottrina propugnata dallo Schaeffner, che cioè « *ogni relazione giuridica debba essere giudicata secondo le leggi di quel luogo nel quale essa diventa esistente* ». Imperocchè dove la *relazione giuridica* abbia per oggetto l'*acquisto, il godimento o l'alienazione di una cosa* e sorga come effetto di un ATTO della volontà umana (contratto, testamento e simili), e suppongasi la COSA esistere e l'ATTO formasi in due luoghi diversi entrambi dalla PATRIA DELLE PERSONE CONTRAENTI O DISPONENTI, rimarrà sempre del pari bisognosa di soluzione la questione, *in quale di questi tre luoghi la relazione giuridica* realmente possa riguardarsi costituita, e perciò secondo quale delle tre legislazioni debba essere giudicata. Inoltre l'effetto più grave di questa formola sarebbe la soppressione delle prerogative della legge nazionale e personale, dappoichè il luogo dove la persona umana nasce ed apre gli occhi alla luce del sole sarebbe quello dove ad essa verrebbero impresse le *condizioni e capacità* dello *stato personale*. Eppure se non voglia rendersi omaggio alle tradizioni della servitù feudale, con quale fondamento di ragione si oserebbe affermare che nel luogo sovente *accidentale* della nascita, la quale può avvenire durante un viaggio, o in paese di *momentanea dimora,* la *legislazione* ivi imperante deve impadronirsi dell'essere umano che vi abbia nascimento, e strapparlo in certa guisa alla patria ed al resto della sua famiglia, per imprimere a lui solo uno *stato* ed una *condizione personale* ripugnante a tutti i suoi legami civili e politici? Vi ha di più. Anche sopra un altro aspetto, come ebbe già ad osservare il Savigny, la dottrina ed il criterio dello Schaeffner sono piuttosto di mera forma ed apparenza che di sostanziale efficacia ed applicazione non essendo facile riconoscere immediatamente e senza dubbiezze col soccorso della naturale ragione in qual luogo ciascun *rapporto* di *diritto* in realtà ottenga compiutamente *il suo essere* e la giuridica *perfezione;*

ma è necessario indagare la propria ed essenziale *natura* del medesimo. Laonde la questione del luogo di nascimento di un rapporto di diritto considerato da questo lato diviene equivalente all'altra, se esso per la sua materia e natura debba dipendere piuttosto dalla legislazione di un paese che di un altro.

Finalmente con tutto il rispetto che ispira il nome insigne del Savigny, siam costretti a deplorare poco men che lo stesso vizio anche nella formola da lui proposta; di doversi in ogni collisione applicare « *la legge del luogo, in cui si riconosca essere la sede del rapporto di diritto* cadente in contestazione ». Un individuo, la cui *capacità personale* ad un *contratto* riguardante determinati *beni* è contrastata, vive sotto la *propria legge nazionale*, ma ha *contrattato* in un paese straniero, ed in altro paese straniero sono situati i *beni* che formano oggetto del contratto medesimo. Or tanto vale domandare quale delle tre legislazioni dovrà decidere della di lui controversa *capacità* o *abilità* alla disposizione de'beni, se cioè, sia preferibile la *legge nazionale*, o quella locale della *stipulazione dell'atto*, ovvero della *situazione de'beni*, quanto il ricercare in quali dei tre paesi abbiasi a riconoscere la *sede del rapporto* di *diritto*, che cade sotto la estimazione giudiziaria. L'idea di *rapporto* inchiude essenzialmente due o più termini od oggetti. Allorchè questi termini del rapporto giuridico hanno in realtà la loro sede in paesi diversi e sotto l'impero di legislazioni diverse, se a tre Stati differenti appartengono la *persona*, la *cosa* e l'*atto* la ricerca della sede del rapporto giuridico non presenterà certamente un criterio di più agevole e sicura applicazione per risolvere la proposta questione, se pur non potrà esser causa di confusione maggiore. Avvezzi, come siamo, a circondare della nostra venerazione il nome del giureconsulto che illustrò la cattedra di Berlino e ad onorarne l'alto intelletto, come mai non dovremmo confessare e deplorare le profonde e straordinarie difficoltà, nelle quali si avvolge la ricerca del principio fondamentale del *diritto internazionale privato*, se in essa anche una così privilegiata intelligenza fu impotente a raggiungere la verità?

Rimangono dopo ciò alcune altre teorie, alle quali per verità non può muoversi il medesimo rimprovero. Ma il Savigny egli pure ha dimostrata erronea quella che vuole sempre applicabile di regola *la legge del luogo ove la persona ha domicilio* (Thibeaut, Mittermaier, Goschen), *o quella del luogo dove il rapporto di diritto deve ricevere la sua esecuzione* (Zachariae). Egli ha pure confutato vittoriosamente l'altro principio difeso specialmente dall'Haus, professore in Gottinga, il quale innalzò l'autonomia individuale dell'uomo fino al valore ed alla potenza di una legge, anzi la pose al di sopra delle leggi de'singoli paesi considerandola in certo modo come una autorità regolatrice pei rapporti internazionali. Questo sistema, interpretando

a rovescio le nota massima forense: *Provisio hominis vincit provisionem legis* (arg. L. *fin.* C. *de pact. convent.*), pretese che in ognî caso di collisione la legge applicabile a'*rapporti giuridici* sia quella che si provi essersi voluta scegliere dalla volontà delle parti, ed a cui esse abbiano determinato di sottomettere i proprii atti. — Vi ha inoltre la più antica e la più celebre di tale teoriche, quella fondata sulla classificazione degli statuti in *personali*, *reali* e *misti;* i primi applicabili alle *persone,* i secondi a'*beni,* e gli ultimi, secondo alcuni, alle materie *miste di personalità e di realtà,* e secondo altri alle *forme estrinseche degli atti.*

La scuola bolognese ed i più antichi glossatori italiani sono debitori agli studii coscienziosi de' giureconsulti tedeschi della tarda giustizia che ormai ai primi più non si nega in Italia, loro patria e palestra di insegnamento, pe'grandi e veraci benefizii, che la disciplina delle leggi ottenne dalle loro sottili indagini e profonde meditazioni. Noi dobbiamo anche ad essi, salutati oggidì come restauratori di quella scienza, che i legislatori del mondo definirono *Notitia rerum humanarum et divinarum*, i primi tentativi intrapresi per la ricerca di una teorica dottrinale sulla naturale efficacia e sulla çollisione degli statuti territoriali delle varie città. Ma anche dopo essersi rigettato il criterio grammaticale del Bartolo, primo inventore della dottrina, per distinguere quando fosse applicabile lo stastuto *personale* o il *reale;* tuttavia quasi sempre occorrendo nelle materie giuridiche l'elemento *personale* ed il *reale* nei rapporti delle *persone* con le *cose posteriori* del mondo si elevarono di buon'ora fiere dispute, e durano ancora, per decidere quando debbasi applicare lo *statuto personale* e quando il *reale,* cioè quando esso tratti principalmente delle *persone* ed accessoriamente delle *cose,* e viceversa. Vi ha tuttavia una biblioteca di scritti italiani, olandesi, alemanni e francesi per rispondere anche sotto l'impero della legislazione statuaria ad una tale questione, e gli scrittori anche moderni hanno ereditato gli stessi dubbii e dissentimenti, che esistevano fra quelli de'secoli preçedenti.

Due soli punti raccolsero l'universale consenso degli autori. L'uno era che al criterio materiale e grammaticale del Bartolo dovesse sostituirsi quello desunto dalla stessa *natura ed oggetto* del rapporto giuridico e della verosimile *intuizione del legislatore,* la quale si rivela dall'essenza del rapporto medesimo. L'altro riguardava gli effetti proprii e caratteristici delle due specie di *statuti personali* e *reali,* consistendo nello estendersi l'efficacia de'primi sulle *persone* anche fuori della loro patria ed in territorii stranieri, ed invece nel restringersi l'impero dei secondi sui *beni,* situati nel *territorio proprio* della sovranità legislatrice, senza alcun riguardo alla *nazionalità*, cui appartenesse il proprietario o il possessore de'beni stessi.

Ma in tutto il resto le incertezze e le dispute continuano ancora così numerose e profonde, e così inestricabile rete di difficoltà avviluppa dal primo all'ultimo gli scrittori che adottarono la detta classificazione, che ormai non si potrebbe affermare in questa materia come certa e riconosciuta una proposizione qualunque senza trovarla immediatamente da altri scrittori contradetta e decisa in un senso diametralmente contrario. Coloro che hanno familiarità con questi studii, con i lavori di dottrina della scuola olandese e francese, e co'documenti della giurisprudenza dei più rinomati tribunali di Europa informata della teoria statutaria, sanno perfettamente quali dense tenebre ricoprano quasi sempre il semplice quesito, se un determinato *rapporto di diritto* debba considerarsi materia di *statuto personale* o *reale*, e quindi se le relative disposizioni di legge perdano, o pur no, il loro vigore oltre i limiti del territorio. Or quale fiducia può ispirare la dottrina, che da secoli si dibatte in così gravi incertezze? Qual valore razionale e scientifico possono avere principii ognora vacillanti e così imperfettamente definiti e determinati? E poichè anche il valor pratico ad essi fa difetto, attese le fluttuazioni, cui vedesi condannata la giurisprudenza de'varii paesi, di grazia, chi mai potrà quietare l'intelletto in una teoria somigliante, riguardandola come l'ultima e la più felice espressione della verità fondamentale di una disciplina cotanto copiosa ed importante?

Questo difetto di solida base apparisce più evidente, quando si consideri che nel più gran numero delle materie giuridiche il concorso degli elementi della *personalità* e della *realità* fa sentire ad ogni istante l'insufficienza di quella teoria bicipite, ed il bisogno di ogni sussidio ed istromento per isciogliere la mente dai lacci del dubbio. E d'altronde la teoria degli *statuti misti* applicabili a tale materie miste non poteva far fortuna, come quella che sostituendo ad una locuzione un'altra sinonima, mutava soltanto la formola della questione, lasciandone però il merito risoluto ed intatto.

Gli scrittori neppure si trovarono d'accordo sull'altra domanda se la *personalità* o la *realità* fosse la regola e l'altra l'eccezione per potere almeno preferire ne'casi dubbii l'autorità della regola, restringendo l'eccezione ne'più angusti e rigorosi confini.

A tutte le censure fin qui addotte ne sovrasta un'ultima. Il concetto eminente, che caratterizza la teoria statutaria è la estensione attribuita all'autorità dello statuto personale oltre i confini del territorio, figurando che questo riflesso della patria e della nativa sovranità accompagni dovunque il cittadino di un paese come l'ombra il corpo e sia quasi spirito vitale *suis ossibus inhaerens*. Or se si chiede ai sostenitori della teoria il motivo razionale di questo fatto, e perchè mai avvenga che una legge possa continuare ad imperare colà dove il legislatore non eser-

cita i diritti della sovranità, tutti i più celebri trattati risponderanno col silenzio ed attesteranno la radicale impotenza della teoria stessa, vuota di ogni spirito fisolofico. Ora, mai non esiste scienza, dove manchino ragioni e dimostrazioni che impongano all'intelletto un illuminato convincimento.

Ma ben disse il Savigny che la teoria statutaria non era nè tutta vera, nè tutta falsa. Un primo pregio è di essere una teoria *a priori*, e concepita con una formola abbastanza comprensiva per dominare l'intiera materia della collisione delle leggi e degli statuti.

Il secondo è riposto nell'aver essa la prima riconosciuta in certe leggi (quelle che formano lo *statuto personale*) una propria e naturale virtù di conservare ed estendere la loro autorità in tutti i paesi anche oltre i confini del proprio territorio. Quando si consideri la teoria dominante negli ultimi due secoli ed anche lo stato delle opinioni fin presso a'giorni nostri in mezzo a tanta luce di sapere e di speculazione, quasi non essendovi accademia, curia o scrittore di grido, che non accettasse la dottrina empirica della *cortesia volontaria e reciproca tra le nazioni* (comitas) come primo ed unico fondamento di qualsivoglia potestà delle leggi straniere nel territorio di altri popoli, vi è motivo di stupirsi nel trovare fin dal secolo XIII l'intelletto de'giureconsulti italiani già elevato ben al di sopra di un tale concetto ed in possesso di principii tanto meno contingenti e relativi.

Finalmente lo stesso immenso successo e la popolarità, che le dottrine statutarie ebbero per circa tre secoli in tutta Europa, e che in questi ultimi tempi penetrarono anche ne'paesi retti dalla *Common Law*, cioè, nella Gran Bretagna e nell'America del Nord, la serie innumerevole dei pubblicisti e giureconsulti che adottarono le tecniche locuzioni da esse introdotte di statuti *personali e reali*, l'usanza universale ormai invalsa di esprimere con questi nomi le nuove idee e le esposizioni stesse dei codici moderni conferiscono senza dubbio alla dottrina fin qui disaminata un valore ed una importanza che obbligano chiunque voglia occuparsi del diritto internazionale privato a farne obbietto di accurati studii.

Nè questo è tutto. Ora che passeremo ad esporre le nostre idee intorno alla teoria fondamentale, che ci sembra razionalmente e praticalmente proponibile, potremo accorgerci che essa si ridurrà ad una espressione filosofica e più corretta di alcuna di quelle medesime idee, di cui le formule statutarie potevano dirsi l'espressione volgare ed un po'confusa; vedremo quando quest'ultima intuisse i punti più luminosi della verità, e riconosceremo assai maggior nesso e rapporto che a prima vista non si concepisce tra il *principio di nazionalità*, che può invocare un cultore della scienza in pieno secolo XIX, e la dottrina dello *statuto personale* inventato dagl'italiani giurecon-

sulti di quel secolo, che nella storia d'Italia fu consacrato dal giuramento e dalla lega nazionale lombarda e dalla battaglia di Legnano. È perciò che possiamo arrestarci con simpatia e riverenza innanzi alle venerande figure di questi secondi nostri maestri dopo i grandi giureconsulti di Roma antica, e versar con lunghe e pazienti ricerche i voluminosi lavori ispirati dalla dottrina statutaria per essi introdotta, benchè dopo i nuovi codici paia scaduta di autorità e d'uso, nello scopo di ringiovanirla ed armonizzarla con lo spirito filosofico del mondo moderno.

In seguito alle precedenti considerazioni, niuno al certo attenderà di trovare in questo luogo la costruzione di una nuova teoria scientifica edificata sulla rovina delle altre, nè la esposizione dottrinale d'idee che ben più opportunamente ebbero altrove per lunghi anni il loro pubblico svolgimento. Non faremo che accennare soltanto i sommi lineamenti e le conclusioni ultime del sistema ed indicare gli elementi essenziali che lo compongono, acciò possa apprezzarsene l'organica armonia e riconoscere che non procederemo a caso e per capriccio, ma bensì con la scorta di una guida dirigente in tutte le speciali applicazioni alle diverse materie del diritto internazionale privato.

Il fatto cardinale posto in evidenza dalla teoria statuaria è, che essa era impotente a giustificare in modo razionale l'esistenza di leggi, le quali per la loro propria ed intima virtù possono conservare ed estendere il loro impero sulle *persone* anche in territorii stranieri. É necessario anzitutto che il sistema possa rendere ragione di un tal fatto conciliandolo col principio della indipendenza della sorvanità territoriale di ogni Stato.

Ora l'ordine giuridico è costituito dalla conciliazione della *libertà privata o individuale* con l'esercizio della *potestà sociale,* cioè, dalle relazioni tra la *legge dello Stato e le prerogative dell'individuo*, tra *l'ordine politico e l'ordine civile* dei domestici e privati rapporti. E la estensione dell'*autorità sociale* e della sna azione vien limitata e si arresa dove s'incontra la *libertà innocua e puindi legittima de'privati*, e consegueutemente quella non può senza ingiustizia ed eccesso invadere di una sola linea la sfera inaccessibile ed inviolabile, in cui cotesta innocua libertà spazia e si esercita.

Ciò premesso, dalla condizione individuale di ogni uomo nel seno di una società civile elevandoci a considerare la *costituzione collettiva delle nazioni e le relazioni tra loro esistenti,* è agevole riconoscere che la *libertà dell'individuo* è quasi la radice giuridica di ciò che forma la nazionalità di un *qopolo.* Infatti moltiplicando l'esercizio di questa *innocua libertà* nella massa di tutte le individualità che compongono una nazione, ne risulta la manifestazione di certe qualità, bisogni, tendenze e costumanze spontanee e costanti, le quali rappresentano, per

così dire, il *carattere giuridico speciale*, onde può dirsi distinto ciascun popolo nella famiglia delle nazioni, quel complesso di condizioni che gli attribuisce propria vita e svolgimento; ed il diritto di esplicare con indipendenza nelle persone de'suoi membri, secondo tali qualità e tendenze, la sua attività sulla scena del mondo e della storia. Accanto a questa libera e spontanea attività dei privati individui si spiega altresì l'azione del pubblico potere, cui è commessa la tutela della incolumità dell'*ordine pubblico* e la cura del *perfezionamento sociale* in tutto il territorio su cui ogni politica sovranità esercita il suo impero. Alle *libertà individuali* corrispondono le leggi di *ordine privato* regolatrici dei rapporti *domestici civili*. Alla *sovranità dello Stato* le leggi, che tutelano e garantiscono l'*ordine pubblico* e l'ordinamento dei poteri pubblici.

Può dunque affermarsi senza tema di errare che, se la libertà di ciascun individuo non può soffrire coazione e limitazione ingiusta dalla simile libertà ed autonomia individuale di tutti gli altri singoli associati rappresentati dall'autorità sociale; nella stessa guisa questa libertà medesima non cessa di essere l'esercizio di una facoltà innocua e legittima, e perciò un *diritto inviolabile*, incapace di coazione e limitazione, anche quando l'esercizio se ne trasporti fuori del cerchio di quella società ed in mezzo ad altri popoli e nazioni; dappoichè quei diritti di *ordine privato* appartengono ad uomini come uomini, e non come membri di una determinata società politica e tutti gli uomini sono eguali per diritto e natura senza distinzione di regioni, di confini territoriali e di forme di governo.

Vi ha di più. Allorchè si consideri il complesso di queste facoltà e condizioni di ordine privato nella vasta società internazionale, sorgono nuove ragioni della loro efficacia ed autorità anche oltre i limiti del territorio, ed in mezzo a popoli, ai quali l'individuo è straniero. Egli e ne'rapporti di diritto privato che principalmente si rilevano lo spirito ed il carattere nazionale, perchè rispetto ad atti e costumanze, che dipendono dalla libera spontaneità degli accenti, le leggi di ciascun paese hanno piuttosto l'indole di una specie di tacito patto popolare tra le famiglie insieme congregate, e talvolta riposano sopra semplici consuetudini sulle domestiche abitudini. Il clima, la temperatura, la posizione geografica montuosa e marittima, la natura e la fertilità del suolo e poi la specialità de'bisogni e delle costumanze determinano presso ciascun popolo quasi intero il sistema di *tali rapporti di diritto privato*, e determinano altresì la maggiore o minore precocità dello sviluppo fisico o morale, l'organizzazione ed i rapporti di famiglia, le occupazioni preferite, e le specie più frequenti di affari, e di contrattazioni che presso ogni popolo s'incontrano. Perciò variar debbono di necessità lo *stato* e la *capacità personale* nel *diritto privato* delle diverse nazioni secondo le diversità di siffatte condizioni, e questa di-

versità non si potrebbe disconoscere senza far violenza alla tura e sovvertirne gli effetti con vera ingiustizia. Prendendo l'esempio della età, lungi dal doversi considerare come una compiacente concessione de' legislatori che uno straniero entrando nel nostro territorio conservi il suo *stato personale* e la sua *originaria capacità giuridica ;* qual dannoso arbitrio e quale ingiustizia sarebbe pretendere il contrario? L'individuo originario dei paesi freddi, ove torpida è la natura e tardo lo sviluppamento delle facoltà fisiche e morali, ragionevolmente dalle leggi del proprio paese è mantenuto in istato di minorità ed incapacità per un periodo di tempo più lungo che nei paesi caldi e rallegrati dal sole meridionale; e se costui viaggiando, toccasse le contrade del mezzo d'Europa o dell'Africa, od anche vi si stabilisse avrebbe con ciò forse acquistato improvvisamente lo sviluppo e la maturità che gli mancano per rendere anche a lui applicabile la maggiore età riconosciuta dalle leggi, che ivi sono in vigore?

Da queste considerazioni discende una verità luminosa e feconda ne' rapporti di semplice *diritto privato.* Siccome nell'interno di uno Stato è il principio di *libertà,* che protegge la legittima ed inevitabile autonomia individuale, e segna un limite alla giusta azione della potestà politica dei legislatori e de' Governi; il limite stesso tra persone straniere di popoli e di Stati diversi viene segnato dal *principio della nazionalità* attesa la legittima ed inviolabile autonomia individuale reciproca. E poichè il *diritto di nazionalità* che appartiene ad un intero popolo, sostanzialmente non è diverso dal *diritto di libertà,* che appartiene agl'individui, ne segue che di quel patrimonio stesso di privati diritti e facoltà, di cui l'uomo reclama la garentía ed il rispetto da parte del proprio Stato e de' suoi concittadini in nome del principio di libertà, egli può medesimamente reclamare la garentia ed il rispetto da parte di Stati e genti straniere in nome del *principio di nazionalità.* Questa garentia e questo rispetto sono adunque un atto di stretta e rigorosa giustizia, e, come già abbiamo detto innanzi, un alto ed irrecusabile dovere da prestarsi in forza di un principio più elevato che non sia la cortesia e benevolenza reciproca degli Stati, o la propria utilità e convenienza della nazione, che presta un tale ufficio, benchè per la vicendevolezza di eguali obblighi dalla pratica di quel dovere di giustizia derivi pure naturalmente l'effetto della comune *utilità* delle nazioni.

Un'analisi attenta può tuttavia distinguere nel *diritto privato* dell'individuo straniero due parti, l'una *necessaria,* l'altra *volontaria.* Chiamiamo parte *necessaria* le leggi che regolano il suo *stato personale e l'ordine ed i rapporti di famiglia.* Infatti non dipende dalla sua volontà l'alterarlo e rigettarlo. Niuno può rinunziare allo *stato* ed alle *qualità familiari,* che gli sono attribuite e riconosciute dalle leggi della sua patria. Lo *stato della*

persona e della famiglia consta di un complesso di attributi e condizioni così essenziali, non in generale a qualunque *persona umana,* ma alla *persona civile* di una determinata nazionalità, che tanto vale attribuire ad una persona la nazionalità francese, tedesca, italiana, inglese, quanto il risvegliare immediatamente l'idea di quel complesso di qualità, capacità e diritti inerenti a quella speciale organizzazione della famiglia che sono proprie di tutti i componenti ciascuna di quelle nazionalità. Un uomo potrebbe cambiare nazionalità, acquistando la naturalità in altro paese; ma non potrebbe mantenere la sua nazionalità originaria, e malgrado ciò ripudiare quelle qualità, capacità e relazioni domestiche, che sono come lo specchio, in cui la propria nazionalità è riflessa, cioè la realtà materiale degli elementi costitutivi della nazionalità.

Perciò se un inglese, un italiano, un francese, entrando in paesi stranieri, dovessero deporre alla frontiera le qualità, gli attributi ed i diritti della *persona civile,* che costituiscono la loro nazionalità, ed acquistare quelle scritte nelle leggi del paese dove gli affari e le inclinazioni li portano a mettere propria stanza, è evidente in primo luogo che un tal sistema creerebbe spesso fortissimi ostacoli all'esercizio della prima e più necessaria libertà dell'uomo, quella di abitare nella parte della terra ove più gli aggrada, o dove i propri bisogni lo chiamino, senza essere costretto a comperare codesta libertà al caro prezzo della perdita dei diritti di *persona* e di *famiglia* dipendenti dalla propria nazionalità.

Inoltre se ciò avvenisse, non sarebbe vero che le varie nazionalità ottengano dagli Stati stranieri riconoscimento e rispetto, disconoscendosi il diritto nazionale e gli attributi giuridici delle persone, che hanno quella nazionalità.

È questa pertanto la parte del *diritto privato,* in cui il riconoscimento è strettamente *obbligatorio.* Se l'individuo non può rinunziare al suo stato, le sovranità degli altri paesi, che lo accolgono, del pari debbono riceverlo col proprio *stato civile* o respingerlo.

A questa parte necessaria ed *obbligatoria* del *diritto privato* dello straniero debbono razionalmente appartenere anche le SUCCESSIONI LEGITTIME, quanto alla determinazione dell'ordine di succedere e delle persone *successibili,* le quali debbono continuare in certa guisa la *persona del defunto* e raccoglierne l'*universum jus,* cioè il patrimonio considerato come una unità ideale ed indefinita; nonchè i LIMITI DELLA DISPONIBILITÀ TESTAMENTARIA, e le CONDIZIONI DELLA VOLONTÀ INTRINSECA DEGLI ATTI DI ULTIMA VOLONTÀ, tali materie avendo così stretta attinenza con la costituzione e col diritto di *famiglia,* da potersene quasi riguardare come una emanazione. Vi ha poi un'altra parte del *diritto privato,* dello straniero, quello che riguarda i beni ed il loro godimento, la formazione dei contratti, l'assunzione di

obbligazioni e simili. Essa può chiamarsi ed effettivamente è *volontaria.* La persona può esercitarla, se *vuole,* ma può anche, in tutto quello che non offende l'ordine pubblico, voler conformare il proprio atto a norme diverse da quelle scritte nelle leggi le quali hanno appena un valore *suppletivo* al difetto di diversa volontà delle parti, a volerlo cioè conformare a norme scritte in leggi di paesi diversi.

Qui il *diritto internazionale privato* ben sovente è ridotto ad indagare l'intenzione delle parti contraenti, talvolta a presumere cotesta volontà per applicarla.

Perchè dovrebbe lasciarsi allo straniero anche l'uso di questa altra parte del suo *diritto privato?* Perchè se ne rispetta la libertà innocua, e lo Stato d'altronde non ha il menomo inteteresse ad impedirglielo. In questo campo i legislatori provvedono secondo *l'utilità reciproca* delle nazioni. Dobbiamo convenire che di questa verità ebbero una certa intuizione gli scrittori della scuola statutaria, allorchè distinsero sempre lo *stato personale* da tutte le altre leggi di *diritto privato.*

Quando al contrario da' rapporti di *semplice ordine privato* si passi a considerare quelli di *ordine pubblico,* allora i fatti, che si presenteranno alla nostra osservazione, ed i relativi corollari giuridici avranno un carattere interamente opposto.

Primamente il *diritto privato* può considerare l'uomo come dotato di individuali facoltà e di relazioni giuridiche indipendenti dal territorio che abita, e dalla nazione a lui straniera, in mezzo alla quale voglia intródursi a dimorare. Ma per lo contrario il *diritto pubblico* necessariamente lo pone in relazione con codesta nazione, cioè con quello aggregato di uomini e famiglie, che vive in un certo e determinato territorio e in ordinate condizioni, sotto le quali debbono tutti concorrere a rendere sicuro ed obbedito l'esercizio dello *imperio* e della *sovranità* politica. Su quel territorio la *volontà nazionale* stabilisce la forma governativa, la costituzione e la delegazione dei pubblici poteri, la estensione ed i limiti del loro esercizio, le relazioni dei medesimi con gl'individui abitanti nel territorio medesimo, le norme generali della loro politica azione, ed infine le proibizioni ed i precetti, che reputa necessari alla sicurezza ed alla prosperità della vita sociale.

Il complesso di queste leggi costituisce ciò che dicesi il *diritto pubblico* di uno Stato, il sistema organico dei mezzi necessari a difendere e preservare lo Stato medesimo da nemici interni ed esterni, ed anche a garantire il pacifico godimento dei diritti di tutti gli individui che in esso vivono. Ben a ragione si ravvisò in tale istituzione una specie di « legittima espropriazione » che lo Stato fa per causa di pubblica *necessità* di una parte della *libertà privata* di tutti gl'individui ch'esso protegge e garantisce. « Espropriazione », diciamo e non cessione, per non cadere nell'errore giustamente rimproverato all'autore del

Contratto sociale e per far manifesto che noi riguardiamo lo stato di società non *volontario, o consensuale,* ma *necessario* per l'uomo, e quindi sono parimenti *necessari* i rapporti essenziali di *diritto pubblico,* necessarie le *condizioni efficienti dell'ordine pubblico,* nel seno di ogni *società politica,* e necessari finalmente i *sagrifizi individuali* richiesti per costituire *un autorevole e forte* potere, che dicesi sovranità, o governo. E poichè la garentia e la protezione dello Stato preservano i diritti di tutti gli uomini che abitano il territorio, non importa se nazionali o forestieri, è giusto che gli uni come gli altri a tali sagrifizi rimangano soggetti.

Segue da ciò che se da un lato lo *straniero* fuori della sua patria ed in ogni estraneo paese, come uomo ed in nome dei princìpi di *libertà* e di *nazionalità,* può reclamare in qualunque *territorio* e da qualunque *sovranità* il *riconoscimento* e la *conservazione* del suo *diritto privato;* d'altra parte la *sovranità imperante* in qualsiasi *territorio,* in nome dell'altro principio della *indipendenza politica dello Stato,* nei confini di esso può rigettare qualsiasi alterazione od offesa al *diritto pubblico* ed all'*ordine pubblico* del proprio paese, quale è piaciuto all'autonomia della volontà nazionale costituirlo e regolarlo; e quindi con piena legittimità nega agl'individui stranieri il riconoscimento di ogni *qualità* e l'esercizio di qualunque *facoltà,* che implichino qualche lesione del *diritto pubblico* del paese, che li ospita e li costringe ad uniformare le proprie azioni e disposizioni a tutte quelle leggi di pubblica sicurezza e polizia che sono appunto i mezzi di preservazione e di tutela della pubblica pace e dell'*ordine pubblico.* Ed in senso correlativo, la *potestà* sovrana della patria dello straniero può anch'essa nelle materie, che toccano all'*ordine pubblico* ed al *pubblico diritto,* negare effetto agli atti, alle *disposizioni* ed a quelle *manifestazioni di volontà,* che da lui emanarono in straniere contrade, ancorchè in esse quei divieti non esistessero, ma gli atti reputassero legittimi e permessi. In breve ciascuno degli Stati, per effetto del comune diritto di *eguaglianza* e d'*indipendenza* internazionale, deve considerarsi dotato di piena ed assoluta potestà di custodire *illeso* presso di sè l'*ordine pubblico,* come è da esso concepito e definito senza essere arrestato da verun ostacolo od influenza di *straniere volontà,* individuale o collettiva, di privati o di Governi e legislatori.

Ad intender però l'ampia estensione di questo campo lasciato all'azione indipendente di ciascuna sovranità, è necessaria una avvertenza.

L'*ordine pubblico* in ogni paese, nella sua più larga espressione, comprende ancora, ed innanzi tutto, l'applicazione ed il rispetto degli eminenti princìpi di moralità umana e sociale, come sono compresi e professati nel paese medesimo, i buoni costumi e quei diritti primitivi inerenti alla umana natura e

le libertà, a cui nè le istituzioni positive di alcun Governo, nè gli atti di qualunque privata volontà potrebbero giammai derogare in modo efficace ed obbligatorio per tutte le sovranità degli altri Stati. Se la legge positiva di altro paese, o un giudicato straniero, o gli atti e contratti formati all'estero violassero questi principî e questi diritti, ciascuna sovranità, ben lungi dall'essere obbligata a riconoscere e rispettare questi oltraggi alle leggi supreme della natura e della moralità umana, a buon diritto potrebbe impedire ogni loro effetto ed esecuzione nel proprio territorio. Ed è ciò che avviene della schiavitù, della poligamia, e di altre istituzioni ammesse in certi paesi, e che invano cercherebbero riconoscimento e garenzia in tutti gli altri. Nè solo possono respingersi istituzioni incompatibili con l'*ordine morale*. ma quelle altresì incompatibili con l'*ordine economico* stabilito in una determinata società, essendo anche questo un elemento compreso nel più largo concetto dell'*ordine pubblico*. Così negli Stati in cui sono vietati gli ordinamenti *feudali*, i *fedecommessi*, la *manomorta*, non potrebbe accordarsi riconoscimento ed effetto nel loro territorio ad istituzioni somiglianti ordinate da stranieri, o nello interesse di stranieri, benchè appartenenti a paesi, ove le medesime fossero autorizzate e lecite.

La teorica fin qui delineata può ricevere in una discussione scientifica maggiore luce e sviluppo. Ma i brevi cenni, che qui abbiamo esposti, bastano a far comprendere l'economia del sistema e gli elementi onde è composto.

Ai nostri occhi il *diritto civile o privato* è PERSONALE e NAZIONALE e come tale protegge ed accompagna la *persona* anche fuori della sua patria. Invece il *diritto pubblico* è TERRITORIALE; esso domina tutti i fatti, che in esso debbono compiersi, ed indistintamente tutti gli uomini che lo abitano, indigeni o stranieri. Nè ad alcuno può sfuggire in qual modo e in qual senso queste nuove formole corrispondano alle antiche. Le formole di *statuto personale* e di *statuto reale* appariscono usate quasi per istinto di verità dalla scuola italiana e dietro il suo esempio dalla scuola statutaria di tutta Europa, e senza essersi saputo risalire alle ragioni giuridiche della differenza e delle opposte prerogative ed effetti delle leggi appartenenti all'una od all'altra categoria. Ora, a queste vacue e tradizionali formole, noi abbiamo sostituito le due altre scientifiche e chiaramente comprensibili di *diritto privato e domestico e diritto pubblico e politico*. Operato un tale cambiamento, si scorge agevolmente per qual motivo le leggi della prima specie possano e debbano conservare la loro forza e regolare le condizioni della persona e della famiglia anche fuori del territorio, e le potestà sovrane degli Stati sieno nel dovere di riconoscere e permetterne l'esercizio agli stranieri di tutte le altre nazioni, che si trovano nel territorio stesso. E per qual motivo invece le leggi della seconda

specie esercitino vigorosamente la loro azione illimitata e completa nel territorio del rispettivo Stato, e ben lungi dal cedere la loro autorità in faccia alle persone od alle cose degli stranieri assoggettino anche costoro e li obblighino a non turbare il *diritto pubblico* e l'*ordine pubblico* della città.

Ora si comprende ancora come la mancanza appunto di questo ultimo elemento nella giurisprudenza statutaria, cioè del concetto della diversità delle *sovranità politiche* di due paesi, rappresentanti diverse *sovranità politiche* ed in conflitto tra loro, necessariamente dovè mutilare la dottrina e renderla impotente a condurre ad una adeguata e completa soluzione delle collisioni internazionali. La giurisprudenza statutaria si formò contemplando sempre in collisione tra loro gli statuti e le consuetudini interne di città e provincie di un medesimo Stato sottoposte ad una sola ed identica sovranità politica. Quando più tardi si trasportò l'applicazione della dottrina statutaria alle collisioni tra le leggi di Stati o nazioni diverse, non si potè tener conto di quel nuovo essenzialissimo elemento, che era estraneo alla dottrina statutaria. Fu quindi grave errore e dannoso indirizzo impresso a questo ramo del diritto internazionale averlo considerato unicamente come materia del *diritto civile* e conseguentemente soggetto alle sole regole giuridiche applicabili ai privati negozî, e sottraendolo interamente alla influenza del *diritto pubblico* ed in particolare dei principî del *diritto delle genti*. Può dirsi che il solo Ubero sospettasse appartenere tale argomento piuttosto alla scienza del *diritto delle genti*, che alla semplice *ragione civile;* ma non osò nè proporre riforma, nè introdurre alterazione veruna nel metodo di studî ai suoi tempi seguìto.

É indispensabile, se vogliasi costruire la dottrina sopra basi solide, collocarla sotto l'impero dell'uno e dell'altro ramo delle discipline giuridiche.

Il sistema così completato risulta dalla contemporanea ed armonica azione dei tre principî, quello della *nazionalità*, quello della *libertà* e quello infine della *sovranità ed indipendenza* politica.

Adottando questo criterio direttivo per la risoluzione delle controversie di diritto internazionale privato, che ogni legislatore debbe abbondare della maggior larghezza nel riconoscere ed ammettere sul suo territorio il *diritto privato e domestico* dello straniero, e che invece debba rigorosamente respingere ogni influenza di leggi, giudicati ed atti stranieri, in quanto contraddicessero al *diritto pubblico* del territorio; ecco in qual guisa i tre principî contemporaneamente eserciterebbero la loro attività.

Il legislatore rende omaggio al principio di *nazionalità* come l'adempimento di un dovere rigoroso ed obbligatorio, allorchè riconosce e mantiene efficaci nel suo territorio le leggi rego-

latrici delle *persone*, della *famiglia* e della *successione* dello straniero, sempre ben inteso fino al punto, in cui non si arrechi offesa ai *principii sociali*, alla *costituzione* ed all'*ordine pubblico del suo paese.*

Il legislatore rispetta il principio di *libertà*, quando riconosce non aver interesse ad introdurre colle proprie leggi coazioni inutili ed ostacoli allo esercizio della *libertà* lecita ed inoffensiva dello straniero, e perciò lascia alla di lui volontà di contrarre ed obbligarsi, secondo il suo buon piacere, sottomettendo i proprii atti a qualunque legislazione o regola giuridica di propria elezione in tutte le altre materie del *diritto internazionale privato.*

Finalmente ogni legislatore esercita e pone in salvo il *diritto di sovranità* e d'*indipendenza politica,* allorchè assoggetta indistintamente gli stranieri al pari dei nazionali alla osservanza delle *leggi penali* del territorio, a tutte le leggi di *ordine pubblico* del paese ed allo scrupoloso rispetto del suo *diritto pubblico.*

VII.

Le discussioni pratiche e le applicazioni di questo sistema, di cui nel presente lavoro non possiamo occuparci, spargono maggior luce sul valore e la verità dei principii testè invocati e sulla loro virtù dialettila. Ma a render chiaro il nostro concetto, non sarà inutile di mostrare in qual modo siasi tentato di tradurlo in esplicite disposizioni di legge negli articoli all'uopo formulati dalla Commissione legislativa del 1865 nel nuovo codice civile italiano.

Gli articoli 6 a 12 delle disposizioni preliminari del cennato codice sono così concepiti:

Art. 6. — « Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono.

Art. 7. — « I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese, nel quale si trovano.

« I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati.

Art. 8. — « Le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii, e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni, ed in qualunque paese si trovino.

Art. 9. — « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà de' disponenti o contraenti di se-

guire le forme della loro legge nazionale, purchè sia comune a tutte le parti.

« La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo, in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà.

Art. 10. — « La competenza e le forme dei procedimenti sono regolate dalla legge del luogo in cui segue il giudizio.

« I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto.

« Le sentenze pronunziate da autorità straniere nelle materie civili avranno esecuzione nel regno, quando siano dichiarate esecutive nelle forme stabilite dal codice di procedura civile, salve le disposizioni delle convenzioni internazionali.

« I modi di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati dalla legge del luogo, in cui si procede all'esecuzione.

Art. 11. — « Le leggi penali e di polizia e di sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio del regno.

Art. 12. — « Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso, le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti; nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume ».

A questi articoli bisogna aggiungere l'importantissimo art. 3, del libro I: « Lo straniero è ammesso a godere dei *diritti civili* attribuiti ai cittadini ».

Questa disposizione liberale attesta nel legislatore italiano la coscienza del dovere internazionale del riconoscimento e rispetto dei diritti dello straniero. Ad eccezione dei soli *diritti politici* riservati ai cittadini dello Stato, egli con disinteressata generosità comunica agli stranieri di tutte le nazioni del mondo, qualunque sia il grado della loro civiltà, e senza altro titolo che la loro qualità di uomini, tutti gli altri *diritti civili* che i cittadini sono ammessi a godere ed esercitare. In questi diritti si comprendono quelli di unirsi in matrimonio, esercitare i diritti di famiglia, possedere proprietà ed alienarle, ereditare, disporre per testamento, contrattare, esercitare il commercio e l'industria, stare in giudizio, ed altri innumerevoli atti.

Ben altrimenti dal diffidente egoismo, che inspirò il codice Napoleone, il codice italiano non esige per condizione, nè l'esistenza di *trattati* dell'Italia colla nazione a cui lo straniero appartiene, nè almeno il semplice fatto di *reciprocità* di *trattamento* verso i cittadini italiani nel paese straniero. Questo

nobile esempio di giustizia anche verso nazioni avare ed ingiuste è da sperare che sarà imitato e diffuso tra i legislatori dei popoli civili. Non vi ha tra essi per ora che l'Olanda, a cui con ragione possa attribuirsi quasi interamente egual merito.

Ma se lo straniero in Italia è riconosciuto come dotato di *diritti civili*, rimane ancora intatta la questione se per esercitarli debba prendere norme interamente ed esclusivamente dalle leggi italiane, o se anche nel territorio italiano possano avere effetto nella di lui persona le leggi della sua patria, ovvero di altri paesi stranieri. Questo problema comprende l'intera materia del *diritto internazionale privato,* e gli articoli 6 a 12 sopra trascritti possono riguardarsi come il primo tentativo di una codificazione sistematica dei principii regolatori della materia medesima e delle sue fondamentali controversie.

Negli articoli 6 a 8 può riguardarsi racchiusa quella che abbiam denominata *parte necessaria* del *diritto privato* dello straniero. Il legislatore italiano si astiene dall'imporre l'autorità delle sue leggi allo straniero, e rispettando la di lui nazionalità, lo riconosce ancorchè abiti l'Italia, soggetto alla legge nazionale che gli è propria, cioè a quella della sua patria, per tutto che si riferisca:

Allo *stato* ed alla *capacità* della *persona;*

Ai rapporti di *famiglia;*

Alla di lui *successione,* limitatamente però per tre oggetti, cioè l'*ordine di succedere,* ossia la determinazione delle *persone successibili*, la *misura* del *diritto successorio* (quota disponibile, legittima o riserva, e distribuzione delle quote tra gli eredi), e la *intrinseca validità* delle *disposizioni testamentarie.*

In tal guisa per i menzionati tre oggetti la successione si regola secondo l'unica *legge nazionale* del defunto, in qualunque paese si trovino sparsi e situati i beni della successione stessa, e siano i beni di natura *mobiliare* od *immobiliare,* sostituendo con ciò alla vecchia finzione feconda di immensi inconvenienti: *Quot territoria, tot hereditates,* la nuova regola consigliata dalla ragione per l'intimo nesso del *diritto successorio* col *diritto di famiglia,* ed invocata da sommi maestri nella scienza giuridica, come il Savigny, il Mittermayer, l'Eichorn, lo Zachariae, il Laurent, dietro la scorta dei più antichi voti già espressi dal Puffendorff e dal sommo Cujaccio.

Gli articoli 7 e 9 contengono l'altra parte, che chiamammo *volontaria,* del *diritto privato* dello straniero.

Fuori della proprietà immobiliare, che si mantenne soggetta alla legge *territoriale* della sua *situazione*, nel che appariscono ancora profonde le tracce della precedente tradizione e dell'arbitraria e privilegiata preponderanza accordata alla proprietà immobiliare, i beni *mobili* si dichiarano parimenti soggetti alla legge nazionale del loro *proprietario*, lasciando tuttavia alla legge territoriale del paese, in cui effettivamente si trovano, la

potestà di colpirli colle sue disposizioni e di provvedere diversamente a loro riguardo.

Del pari, quanto ai *contratti* e a tutti gli *atti tra vivi* il legislatore italiano rispetta la *libertà* dello straniero, e lascia alla volontà de' contraenti sottomettere la *sostanza intrinseca* e gli *effetti* delle loro obbligazioni a quelle norme legislative che ad esse piaccia di scegliere, presumendo soltanto in caso del loro silenzio, che abbiano inteso sottomettersi alla legge del paese, in cui le contrattazioni vennero stipulate, ovvero se i contraenti appartenessero tutti ad una sola nazione, alla *legge nazionale* dei medesimi. Ma queste presunzioni suppletive, importa ripeterlo, lasciano perfettamente libera una volontà diversa.

Quanto alle *donazioni* e *disposizioni di ultima volontà*, che hanno così diretta influenza sulla successione, il legislatore similmente abbandona l'*intrinseca sostanza* di tali atti alla *legge nazionale dei disponenti* e così sempre al *diritto privato* dello straniero.

Finalmente anche per le *forme estrinseche degli atti tra vivi e testamenti* la legge italiana lascia facoltà ai contraenti o disponenti di farli secondo la loro *propria legge nazionale*, purchè le parti sieno tutte di quella stessa nazione. Nel solo caso contrario si debbono seguire le forme *estrinseche* determinate dalla *legge locale del paese*, in cui gli atti medesimi sieno fatti.

Finalmente gli articoli 10, 11 e 12 contengono la salvaguardia di tutti i diritti della *sovranità* ed *indipendenza* politica dello *Stato* e delle ragioni di *ordine pubblico*, riservando alla sovranità locale di ciascun territorio provvedere con le proprie leggi alle *norme di competenza* ed alle *forme* di *procedura* nei giudizii da celebrarsi nel rispettivo territorio; di provvedere alla *esecuzioue di giudicati stranieri*, riferendosi al codice di procedura civile, il quale non la permette, tosto che essa arrechi detrimento all'*ordine pubblico* del paese; assoggetta indistintamente ogni straniero che entri nel territorio alle leggi penali e a quelle di *polizia* e *sicurezza pubblica* imperanti nel territorio stesso, e da ultimo con una formola amplissima, riferibile ai singoli articoli precedenti ed a ciascuna delle materie in essi contemplate stabilisce una limitazione applicabile a tutte le precedenti disposizioni, prescrivendo che giammai nel territorio dello Stato possano aver valore ed effetto le *leggi* dei paesi stranieri, gli *atti e le sentenze* provenienti dai medesimi, nonchè qualunque specie di *private disposizioni* e *convenzioni* di stranieri, se mai in qualsiasi modo derogassero o contraddicessero all'*ordine pubblico*, al *buon costume* ed alle *leggi proibitive di diritto pubblico* imperanti nello Stato.

Certamente, lo ripetiamo, parecchie di quelle disposizioni possono sollevare obbiezioni scientifiche e pratiche. Ma niuno

può disconvenire che le medesime non sono arbitrarie ed empiriche, bensì costituiscono un sistema completo ed armonico di applicazioni sistematiche di alcuni determinati principii.

Esse hanno inoltre il merito di trovarsi di accordo con le tendenze ormai in questi ultimi tempi pronunziate nei lavori della scienza del diritto internazionale in diversi paesi rispetto a tale principii. Così negli scritti del Savigny, del Zachariae, Meilher de Chassat, già venne acquistando nuova potenza l'autorità delle leggi *personali* in confronto delle *reali*.

La scuola dei moderni scrittori italiani ha accettato quasi concorde le massime principali che servono di base all'esposto sistema (1).

Una tendenza a rendere più efficace la *legge personale* dello straniero si è manifestata ai nostri giorni finanche nella scuola inglese e nell'americana, cioè nei paesi la cui situazione territoriale li rendeva i meno accessibili a codeste dottrine e loro assicurava la prevalenza delle leggi *reali*.

Finalmente il Laurent, in questa opera che ha acquistato uno de'più elevati posti tra le pubblicazioni di simil natura, con una intuizione meravigliosa della verità, parve professare una dottrina che in molti punti si accosta al sistema fin qui delineato. Egli spiega l'efficacia delle leggi *personali* e *famigliari* col principio di *nazionalità*.

Egli ravvicina a queste leggi *personali* quasi l'intero sistema delle leggi di *Diritto privato*. Egli pure chiama anomalia la moltiplicità delle successioni immobiliarii nei varii territorii secondo il codice francese, ed esprime l'opinione che lo stesso *statuto personale* regger debba l'intera eredità. Egli infine energicamente limita ogni azione delle leggi straniere e dei diritti dello straniero, allorchè si oppongano al *Diritto pubblico* ed all'*ordine pubblico* imperanti nel territorio.

P. S. MANCINI.

---

(1) PESCATORE nella *Logica del Diritto* ed in altre sue opere. ESPERSON, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*. Pavia, 1868. FIORE, *Diritto internazionale privato*. LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, ed altri.

APPENDICE III.

Della cittadinanza.

(G. PISANELLI)

Quando i nuovi legislatori si son fatti a descrivere il diritto privato sono stati necessariamente condotti a contemplare successivamente tre ordini di rapporti giuridici, quelli di cittadinanza, quelli di famiglia ed infine tutti gli altri che per rispetto alla proprietà può l'uomo incontrare. Ciascuno ha una patria e una famiglia.

L'essere cittadino o straniero può importare varietà di dritto? Nessuno dubita che debba ammettersi nel dritto pubblico, finchè sussiste la varietà delle nazioni, ma anche nel dritto privato ha portato finora quella diversa qualità diversi effetti.

Tre stadii ha percorsi la legislazione su questo punto. Dapprima, considerandosi la persona giuridica come fattura della legge, lo straniero è stato escluso da ogni partecipazione di dritto. La comune utilità ha fatto in appresso temperare quella esclusione dal principio di reciprocanza: questo principio informava la legislazione francese (1).

Ma in questi tempi in cui gli stranieri si avvicendano nei vari Stati con tanta frequenza, il cercare nelle loro legislazioni e nei trattati la misura de'loro diritti non era giusto nè utile. La giustizia e l'utilità suggerivano di riconoscere e proclamare il grande principio che il dritto privato appartiene all'uomo, e di ammettere indistintamente alla piena partecipazione di esso così i nazionali che gli stranieri. Ciò ha fatto il nuovo codice italiano (art. 4) (2), ed io son certo, come diceva presentando il nuovo codice al Parlamento, che le disposizioni del codice italiano su questo punto faranno il giro del mondo.

Ma se rispetto al dritto privato non si differenziano i cittadini

---

(1) Erano precipue applicazioni di questo principio gli articoli 726 e 912 del codice. Napoleone. La legge del 4 luglio 1819 li aveva modificati concedendo solo ai nazionali di risarcirsi sopra i beni situati sul territorio francese di quella parte della successione da cui fossero stati esclusi nei beni situati in paese straniero. La Commissione senatoria pensò di riprodurre questa legge nel nuovo codice italiano, ma la sua proposta rimase senza effetto.

(2) Qualche dubbio si elevava intorno a questo punto nella Commissione di revisione da chi pensava doversi escludere gli stranieri dagli uffici municipali e dalla tutela; ma furono questi dubbi tranquillati poi che fu avvertito e ritenuto che il diritto di concorrere a tali uffici non poteva considerarsi come un diritto meramente civile.

dagli stranieri, come mai si apre il codice civile con un titolo che tratta della cittadinanza?

L'osservazione è ineluttabile, e fu avvertita. Quando la cittadinanza è fonte soltanto di diritto politico, debbe essere argomento di una legge politica. Ma questa legge nel regno d'Italia, la cui ampiezza quando fu compilato il codice, non corrispondeva al suo dritto, avrebbe incontrate grave difficoltà politiche. Fu pertanto necessario provvedere nel codice civile.

Unico fu il principio adottato in questa materia: la libera volontà dell'uomo. Una patria libera vuole liberi i figli.

Questo era anche il principio applicato nel codice francese, come risulta dall'art. 17 che dichiara perduta la nazionalità per la naturalità od uffici pubblici acquistati, e per ogni stabilimento fatto in paese straniero.

Il codice italiano ha snodato il principio dalle determinazioni di fatto in cui era involto, e lo ha rilevato dichiarando apertamente che la nazionalità si perde con la rinunzia che ne fa il cittadino (art. 11).

Applicando quel principio è venuto il nuovo codice a determinare i fatti pe'quali, mancando una dichiarazione espressa, è stabilita la volontà.

Precipuo tra questi la figliazione: il figlio del cittadino è cittadino.

Nella Camera de'deputati il capo dell'opposizione, giureconsulto distinto, il deputato Crispi, lamentava che il nuovo codice non avesse proclamato un gran principio dichiarando italiano chiunque fosse nato sul suolo italiano.

Ma chi scrive queste pagine gli rispondeva che sublimando a principio quel fatto, di cui, in alcuni casi, aveva tenuta ragione il nuovo codice come indice del principio da esso adottato, avremmo fatta indietreggiare la legislazione a quel tempo in cui gli uomini erano servi della gleba e lo Stato una vasta prigione; che se i precipui elementi della nazionalità erano la stirpe e il territorio, il secondo di questi elementi aveva prevaluto nelle età passate, come prevaleva oggi il primo; e che perciò giustamente il nuovo codice, solo quando il padre e la madre fossero stati ignoti, aveva tenuto conto del luogo del nascimento, e dichiarato cittadino chi fosse nato nel regno (art. 7).

Le altre disposizioni contenute nel primo titolo sono esplicamento e determinazione degli esposti concetti.

Giova notare soltanto come il nuovo codice abbia colmata una lacuna del codice francese risolvendo la grave questione intorno alla qualità della moglie e dei figli minori dello straniero che diventi cittadino o della moglie o de'figli minori del cittadino che diventi straniero. Da un canto poteva sembrare esorbitante concedere al padre la facoltà di alienare la cittadinanza dei figli minori, cittadinanza che l'origine, storiche tradizioni, generosi sensi di carità patria potevano rendere

preziosa; poteva sembrare altresì eccessiva nel marito la facoltà d'immutare col solo suo fatto la cittadinanza della moglie.
Ma d'altro canto l'unità della costituzione della famiglia non consentiva che il marito e la moglie, il padre e i figli minori si trovassero astretti a una diversa cittadinanza. Questo dualismo produrrebbe una funesta alterazione ne'rapporti giuridici della famiglia, rallenterebbe que'vincoli che la natura crea e la legge deve sancire, e porrebbe l'autorità del marito e del padre in balìa di due legislazioni diverse. Occorrendo di determinare i diritti e i doveri de'coniugi, i diritti e gli obblighi reciproci del padre e del figlio, se sono cittadini di diverso Stato, quale legge si applicherebbe? Per mantenere l'unità della famiglia e la forza morale del capo di essa fu ritenuto che la moglie ed i figli minori dovessero seguire la condizione del marito e del padre, adottandosi ad un tempo que'temperamenti ch'erano opportuni per cautelare il dritto della moglie e de'figli (articoli 10, 11).

GIUSEPPE PISANELLI.

APPENDICE IV.

Della cittadinanza.

(PROF. STEFANO JANNUZZI).

§ I.

Idee generali sul concetto della cittadinanza e sulle cause generali delle quali si forma.

Quantunque la cittadinanza serva per determinare la capacità e lo stato delle persone, per conoscere cioè se lo stato e la capacità d'un uomo ed i rapporti di famiglia debbano regolarsi dalla legge italiana, o dalla legge della nazione, nel territorio della quale l'uomo si trovi; benchè serva a determinare se si possa invocare il beneficio del diritto d'*incolato*, pure la cittadinanza non è materia del diritto civile, ma un presupposto allo studio dello stesso (1). Ben disse la Corte di Firenze, esaminando il progetto di Cassinis, « che la *materia* regolata dai varii ar-

(1) Vedi i miei *Elementi di diritto civile*, vol. I, p. 34 e seg.

« ticoli di questo titolo piuttosto che nella legge civile dovrebbe « aver sede nella legge politica e fondamentale dello Stato. Si « limiti il codice civile a disporre relativamente all'esercizio dei « diritti civili tanto per lo statista, quanto per lo straniero ».

La cittadinanza non è altro che una qualità che in noi promana dalla relazione che ci lega allo Stato, ed è quindi il complesso dei diritti e doveri che derivano da questa relazione. Ora quale è il criterio da potersi scegliere come principio che determina la nazionalità di un uomo?

Il principio cardinale in questa materia si è la generazione, cioè la ragion del sangue (1). Dalla ragion del sangue, principalmente, risultano tutti quegli elementi che esprimono la nazionalità. Da essa, di fatti, deriva la conformità d'indole, di costume e d'attitudine fisica. D'onde poi nasce la comunanza di interessi, di affetti, di lingua, e quel non so che di proprio, che distingue un popolo da un altro. Conformità tutte che sono ingenite all'uomo e si vengono corroborando dai primi momenti dell'esistenza, con l'unire la stessa favella dei proprii genitori e con l'avere in una stessa maniera le prime cognizioni del bene, del vero, ed anche della divinità. Perlocchè vuolsi qui fare una preliminare avvertenza, la natura è quella che costituisce la nazionalità ed al legislatore non è dato altro che dichiarare nei casi dubbii quello che la natura stabilisce. Ond'è che praticamente nel codice civile italiano la prima condizione dalla quale si determina la cittadinanza è la figliazione.

Però se l'identità della razza da cui si ha l'identità del linguaggio, dei costumi d'un popolo è la condizione dalla quale si forma la nazionalità, vi è un altro elemento per farla fondare stabilmente.

Questo elemento è il *territorio*, la sede permanente ove quelle facoltà e quelle altre naturali condizioni hanno modo di esplicarsi. La terra è parte integrale ed organica nella formazione della nazionalità; senza la dimora tutto è passeggiero; il popolo nomade è *barbaro*. Un popolo se non si ferma stabilmente su una terra, se non se l'appropria, se non si marita ad essa, la nazionalità non si può veramente formare. La razza e il territorio sono perciò le due cause terminatrici della nazionalità ed allora essa è più potente quando queste cause militano insieme.

Il linguaggio, i sentimenti, i costumi ed anche la origine comune non solo non valgono senza il territorio; ma il territorio esplica, modifica o determina quelle varie condizioni d'un popolo. Le nostre idee, i nostri affetti, le nostre tendenze si formano e variano secondo tutto ciò che ci circonda.

---

(1) Da essa si forma la razza che costituisce la vera nota caratteristica di ciascun popolo, e quindi la nota differenziale d'una nazionalità dall'altra.

Gli uomini ricevono influssi diversi dalla natura dei luoghi, dal clima e dai prodotti speciali, e non solo la loro parte morale, ma anche il loro corpo diversamente si modifica (1).

Avendo accennato così alle generali cause dalle quali si forma naturalmente la cittadinanza, passiamo ora a vedere come pel codice civile italiano può competere la cittadinanza.

Secondo il codice italiano la cittadinanza si possiede per *nascita,* o si acquista per *elezione,* per *matrimonio,* per *naturalità.*

La cittadinanza si può perdere per *elezione,* per *rinunzia,* per *matrimonio.* Dopo perduta la cittadinanza può riacquistarsi. Studiamo queste diverse posizioni della cittadinanza.

§ II.

Della cittadinanza originaria o posseduta per nascita.

Nel determinare la cittadinanza per origine la legge riguarda tre criterii, dai quali può essere dedotta:

A. La condizione dei genitorii; donde la cittadinanza *jure sanguinis.*

B. Il luogo del nascimento; da che la cittadinanza *jure loci* (territorio).

C. La condizione dei genitori ed il luogo del nascimento; in questo senso che il nascimento determina la cittadinanza non per sè solo, ma sussidiato dalla condizione passata o presente dei genitori (2).

A

Avuto riguardo alla condizione del padre. sono cittadini *i figli di padre cittadino:* sia tale egli stesso per nascita, per elezione o per naturalità (art. 4). A nulla monta che i figli sieno legittimi o legittimati, o semplicemente naturali riconosciuti o dichiarati relativamente alla paternità sola o eziandio alla maternità, articoli 179, 192, n. 1.°, 2.° e 3.°.

Non si distingue se i figli sieno nati in Italia o in paese estero, perchè la cittadinanza è attribuita per ragion di sangue e non di luogo.

---

(1) Se la terra però influisce sulla formazione dell'uomo, vuolsi avvertire che ha anche grande efficacia l'attività dell'uomo sulla terra. L'uomo coltiva e trasforma la terra e questa è il sostrato della sua storia civile e politica; da qui l'amore della propria terra, cioè l'amore dalla patria. Nel territorio nazionale si ha il deposito delle più sacre memorie: lasciando un popolo il suo territorio si cangia la sua nazionalità. Le larghe emigrazioni e colonie del vecchio mondo e del nuovo fanno fede di questa verità.

(2) Veggasi la relazione Pisanelli al libro I del *Progetto* del cod. civ.

AVUTO RIGUARDO ALLA CONDIZIONE DELLA MADRE il figlio è cittadino quando essendo legalmente ignoto il padre, la madre che lo ha legalmente riconosciuto sia cittadina. Anche qui nulla pone il luogo del nascimento.

Se però dopo il riconoscimento o la dichiarazione della madre abbia luogo il riconoscimento o la dichiarazione del padre e questi fosse straniero, il figlio da cittadino diverrebbe straniero.

Lo stato del padre e della madre, a cui si guarda per determinare la cittadinanza del figlio, è quello del *tempo della nascita* e non quello del concepimento, o del riconoscimento o della dichiarazione (art. 5, art. 6, e art. 7. p. I.

L'adozione è titolo per cui si ha la cittadinanza? Se l'italiano adotta uno straniero diverrà questo cittadino? Rispondiamo che no, perchè l'adozione, fra gli altri effetti, non produce quello di attribuire all'adottato la cittadinanza dell'adottante.

B

Passiamo ora a vedere la cittadinanza che si determina dal luogo della nascita.

È cittadino il figlio d'ignoti genitori ed il figlio che la madre non volesse o non potesse riconoscere, ed anche quello la figliazione del quale non potrebbe essere dichiarata, art. 7.

Si comprende che non menerebbe ad alcuna conseguenza che i genitori o uno dei genitori, in fatto, siano noti, quando essi legalmente rimangono sconosciuti (1).

C

Avuto poi insieme riguardo alla condizione dei genitori ed al luogo della nascita si determina la cittadinanza originaria nei tre seguenti casi:

1.° Quando il figlio di un padre, che ha perduta la cittadinanza prima della nascita di lui, sia nato nel regno e vi abbia la residenza;

2.° Quando essendo ignoto il padre, vi ha il figlio di una madre che perde la cittadinanza prima della nascita dello stesso figlio, e questi sia nato nel regno e vi abbia la residenza;

3.° Quando sia nato nel regno il figlio di uno straniero, che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti. Si noti però che la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio.

---

(1) Si riscontri pure l'art. 10.

In tutti e tre questi casi il figlio non è cittadino, *ma è soltanto reputato cittadino* (art. 5 princ, art. 7 ultim. cap. articolo 8 princ.) (1).

§ III.

Della cittadinanza acquisita per elezione.

Due sono le classi di persone le quali possono acquistare la cittadinanza per elezione:

1.° I figli nati in paese estero o nel regno da padre o madre i quali, per qualunque causa abbiano perduta la cittadinanza prima del nascimento dei medesimi figli (articoli 6 e 7).

2.° I figli nati nel regno da stranieri quivi domiciliati, benchè non siano trascorsi i dieci anni dalla fissazione del domicilio.

Il diritto di elezione compete a coteste persone tanto se abbiano risieduto in Italia, quanto in paese straniero e riguardo ai figli degli stranieri domiciliati in Italia al tempo della nascita, tanto se questi abbiano continuato a tenere il domicilio in Italia, quanto se l'abbiano trasportato in paese straniero.

Le cennate persone, in ambedue i casi, nascono stranieri; ma nel primo caso la qualità di cittadino già avuta dal genitore, e nel secondo caso il luogo della nascita accompagnato dal domicilio stabilito nel regno da quello dei genitori, del quale seguir dovrebbero la condizione, sono stati considerati motivi sufficienti per dare alla loro volontà individuale l'efficacia di stabilire la qualità di cittadino, invece di quella di straniero.

Passiamo ora a dire dei modi con i quali si può esercitare il diritto d'elezione della cittadinanza.

La elezione della cittadinanza si può avere in modo *espresso* ed in modo *tacito*.

1.° *Espresso.* — La cittadinanza si elige in modo espresso, con la dichiarazione fatta dal figlio all'uffiziale dello stato civile della sua residenza, o se si trova in paese estero ai regî agenti diplomatici o consolari, di eleggere la cittadinanza italiana (art. 6, 1.° comma ed art. 5, 1.° comma). La cennata dichiarazione deve essere fatta entro l'anno dalla maggiore età, determinata secondo le leggi italiane, cioè entro il vigesimosecondo anno. Ma la sola dichiarazione non basta per acquistare la cittadinanza, e si richiede che, dopo aver fatta la medesima, il figlio fissi nel regno, entro l'anno dalla fatta dichiarazione, il suo domicilio.

(1) Si noti qui però bene che se questo figlio naturale di genitori ignoti, nato nel regno sia legittimato, riconosciuto o dichiarato figlio di straniero, diverrà anch'egli straniero.

La cittadinanza si elegge in modo tacito quando il figlio di colui che già fu cittadino, o anche il figlio di colui che non è stato mai cittadino accetta un pubblico impiego nel regno, pupure con lo aver servito o col servire nell'armata nazionale di terra o di mare, o con l'avere altrimenti soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione per la qualità di straniero (art. 6, capoverso 2.°).

Vuolsi qui notare che i menzionati fatti, pei quali si acquista la cittadinanza, sono dalla legge stabiliti in modo limitativo, ond'è che verun altro fatto, per quanta analogia possa avere, varrebbe agli anzi cennati per fare tacitamente eleggere la cittadinanza.

§ IV.

Dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio.

L'art. 9 prescrive: « La donna straniera che si marita a un cittadino acquista la cittadinanza e la conserva anche vedova ».

La donna che si marita all'italiano acquista la nostra cittadinanza, così se perda la propria, come anche se non la perda. A mo' d'esempio la donna inglese, che si marita ad un italiano, diviene cittadina italiana, benchè non cessi d'essere cittadina inglese (art. 9 arg. *a contrario dall'art.* 14).

In virtù dell'art. 116 la cittadinanza si acquista pure dalla straniera, la quale si marita ad un italiano, col solo matrimonio dichiarato nullo, quando sia stato almeno dalla donna contratto in buona fede?

Alcuni hanno detto sì. Noi crediamo che no; e, a dir vero, se il matrimonio putativo produce gli effetti civili, non si può considerare un diritto civile la cittadinanza, che è la fonte dei diritti politici (1).

---

(1) Questa ci sembra l'opinione che meglio risponde alle disposizioni della legge. Il prof. Mazzoni insegna una teoria contraria alla nostra. Egli dice che il matrimonio putativo faccia acquistare la cittadinanza alla donna. Riconosciamo la gravità della questione, ed in *iure condendo* crediamo dovrebbesi disporre che altresì pel matrimonio putativo si acquisti la cittadinanza italiana dalla straniera che si marita al nazionale. Però nella legge che ci governa l'art. 116 sancisce: « Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia contratto in buona fede, *produce gli effetti civili,* tanto riguardo ai coniugi, ecc. »; ora se l'acquisto della cittadinanza è un effetto politico, ci sembra che fra gli effetti che produce il matrimonio putativo non vada compreso l'acquisto della cittadinanza. Il Borsari ha la medesima opinione. *Commentario al codice civile,* p. 162. — Unione-tipografico-editrice torinese, 1871, volume I.

Non abbiamo compreso uno scrittore, il quale, commentando l'art. 9 dice: « La « legge civile che puossi in questo caso applicare si è *l'art. 116 del codice civile,* « e perciò lorquando si riscontri la buona fede della donna, dovrassi, per beni- « gnità d'interpetrazione, conchiudere che cogli altri effetti che produce il matri-

Il matrimonio con l'italiano fa acquistare la nostra cittadinanza alla donna, malgrado qualunque contraria dichiarazione ed anche patto contrario, perchè le leggi che riguardano lo stato della persona sono di ordine pubblico, in virtù dell'art. 12 delle disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale, in nessun caso si può derogare alle leggi che riguardano l'ordine pubblico.

E, a dir vero, quale sarebbe la condizione d'un matrimonio, nel quale i coniugi aventi nazionalità diverse, niuno di essi comunicasse all'altro la propria, ma diversa la conservassero amendue? Non avendo comune la patria mal potrebbero avere la comunanza di vita, di tutti gli affetti e forse anche d'interessi. Il matrimonio dovendo formare di due esseri incompleti una unità morale e completa, non potrà mai formare questa unità, se non sia una la legge che in tutto lo venga regolando. Diversamente quale sentimento di nazionalità si tramanderebbe ai figli? Come si avrebbe l'ordine e l'unità nella famiglia, quando i rapporti da questa derivanti sieno soggetti a due diverse legislazioni?

Il diritto romano diceva: « *uxor sequitur statum mariti* ». Ora se l'unità e la costituzione della famiglia esige la comunanza della cittadinanza fra i coniugi, dovendo la moglie seguire la condizione del marito, è chiaro che essa deve prendere la cittadinanza del marito, e non questi la cittadinanza di lei.

La cittadinanza, così acquistata dalla donna. non si perde con la separazione legale, e neanco con lo scioglimento del matrimonio per morte del marito. È risaputo che lo scioglimento del matrimonio per morte d'uno de' coniugi non distrugge tutti i rapporti derivati dal matrimonio istesso. È da lodarsi il legislatore per questa disposizione, perchè la vedova ha, o almeno può avere legami di famiglia, di interessi e d'affezione che ren-

---

« monio, anche dichiarato nullo, *debba anche ritenersi prodotto quello della cittadinanza* ». G. DEL VITTO, *Commentario teorico-pratico del codice civile.* Torino, vol. I, p. 216. Però lo stesso autore, poi, a p. 246, commentando l'art. 14 dice: « Ove il matrimonio fosse dichiarato nullo, la donna cittadina deve considerarsi « rimasta nella sua primitiva condizione. La pronuncia di nullità risale nei suoi « effetti all'epoca della celebrazione del matrimonio, quindi si ritiene non avere « mai contratto matrimonio. Nè vi può fare in genere ostacolo l'effetto che potrebbe « produrre il matrimonio contratto con uno straniero, nel caso che nello Stato. « a cui questi appartiene, vigesse una legge che contenesse la disposizione iden- « tica od analoga a quella che contiene l'art. 116 del codice civile, PERCHÈ GLI « EFFETTI DI CUI PARLA QUELL'ARTICOLO SONO I SOLI EFFETTI CIVILI CHE NASCONO « DAL MATRIMONIO DICHIARATO NULLO, E NON COMPRENDONO PERCIÒ LA CONDIZIONE DI « CITTADINANZA, CHE ABBRACCIA UNA SFERA GIURIDICA PIÙ VASTA ».

Come vedesi, il citato autore una volta ha detto che nella locuzione « gli effetti civili », usata dall'art. 116, è compreso il diritto di cittadinanza, ed un'altra volta ha detto il contrario.

dono per lei sacro il conservare la cittadinanza, acquistata col matrimonio. E questo specialmente se vi sieno figli superstiti del matrimonio, nel qual caso si comprende di per sè quanto importi a lei di conservare la stessa patria che hanno i suoi figliuoli.

§ V.

Dell'acquisto della cittadinanza per naturalità.

L'art. 10 sancisce che « la cittadinanza si acquista dallo stra- « niero anche colla naturalità concessa per legge o per decreto « reale ».

Se la cittadinanza per naturalità può esser concessa per *legge* o per *decreto reale,* vi ha differenza negli effetti che derivano per l'acquisto nel secondo modo? (1). Per quanto è a nostra

---

(1) Uno stimabile professore, e chiaro giureconsulto, ha insegnato dalla cattedra che la naturalità per decreto reale non sia applicabile che soltanto agli Italiani, i quali trovansi sottoposti a straniera dominazione, come i Tirolesi, i Nizzardi, i Maltesi, e che i non italiani per acquistare la nostra cittadinanza abbiano sempre bisogno d'ottenere la naturalità per legge. Con questa opinione non si riconosce la distinzione della piccola e grande cittadinanza, anzi si censura, stimandola per lo meno inutile oggi, che, in virtù dell'art. 3 del codice civile, gli stranieri sono ammessi al godimento dei diritti civili egualmente che i cittadini.

Questa interpretazione però, a parer nostro, trova ostacolo nei motivi della legislazione. Nei progetti precedenti al progetto che compilò la Commissione del Senato, si parlava del solo conferimento della cittadinanza per decreto reale, ma, essendosi osservato come vi abbiano diritti politici, i quali non si possono esercitare dagli stranieri se non quando acquistino la naturalità per mezzo della legge come, a seconda dall'art. 1 della legge elettorale, il diritto elettorale politico, si aggiunse all'art. 11 del Progetto Pisanelli, che la cittadinanza si può acquistare anche per legge, e si aggiunse anche un capoverso, il quale soltanto non è passato nel codice. Si disse nella Relazione della *Commissione senatoria:* « La natu- « ralità può essere concessa per legge o per decreto reale. — Concessa in questo « secondo modo *non attribuisce che quei diritti politici,* che per disposizione speciale « non si possono acquistare, se non in virtù della naturalizzazione accordata per « legge. Tali sono principalmente i diritti politici dell'elettorato nei comizii poli- « tici ». E qui la stessa relazione riferisce in nota l'art. 1 della legge del 20 novembre 1859. « *I non Italiani potranno solo entrare nel novero degli elettori, ottenendo la naturalità per legge* ».

Ma oltre a ciò, dai verbali della Commissione speciale incaricata di coordinare il codice civile italiano, si rileva che Precerutti propose la soppressione del primo capoverso dell'art. 13 (corrispondente all'art. 10 del codice) perchè, egli disse, provvedono sull'oggetto leggi speciali, e propose che si ristabilisse il testo dell'art. 11 del progetto Pisanelli, che diceva così: « *La cittadinanza si acquista dallo straniero anche per decreto reale. Tale decreto non produce effetto se non dal giorno in cui sia stato registrato, ecc.* ». Il De Foresta però spiegò i motivi sui quali la Commissione senatoria *credette neccessario di riconoscere* nel codice il doppio mezzo per cui gli stranieri possono acquistare la cittadinanza italiana, accennando in ispecie al diritto *d'incolato,* ossia di non poter esser espulsi dallo Stato per provvedimento

conoscenza, gli scrittori che hanno, sin ora, commentato il codice civile italiano, dicono che mercè la naturalità ottenuta per legge si acquista il godimento di tutti i diritti politici ed innanzi a tutti il diritto di essere elettore ed eleggibile nelle elezioni politiche, e che, mercè la naturalizzazione ottenuta con decreto, mentre si acquista la qualità di cittadino, non si acquista il diritto dell'elettorato politico, avendosi però il godimento degli altri diritti politici, cioè il diritto dell'elettorato amministrativo, quello di poter far parte dell'amministrazione provinciale e comunale, di poter essere capitano di un legno mercantile, e di

---

della autorità amministrativa, il quale diritto si acquista in forza di naturalità conceduta per semplice decreto reale, nè per esso è necessaria una legge; opinò quindi che doveva mantenersi la disposizione di che trattasi. Il nostro compianto ed eletto giureconsulto Niutta, il Pisanelli ed il Chiesi appoggiarono le osservazioni del De Foresta, e NOVE COMMISSARII CONTRO TRE deliberarono di mantenere il capoverso dell'art. 13 del progetto, 10 del codice.

È vero che l'art. 1 della legge elettorale del 17 dicembre 1860 num. 1 dispone: « I non cittadini, se tuttavia *italiani*, parteciperanno anch'essi alla qualità di elet-« tori *solo che abbiano ottenuto* la NATURALITÀ PER DECRETO REALE E PRESTATO GIU-« RAMENTO DI FEDELTÀ AL RE ».

I non italiani *potranno solo entrare nel novero degli elettori*, ottenendo « la naturalità per legge ». È vero anzi che qui la precedente legge del 20 novembre 1859 sanciva « per essere elettori gl'Italiani (*diceva gl'Italiani perchè la legge era piemontese*) avrebbero dovuto ottenere la naturalità per *decreto reale* e che i non italiani avrebbero dovuto ottenerla per *legge* ». Però questo non pone nulla contro la cennata comune opinione: l'art. 1 della menzionata legge del 17 dicembre 1860, riconoscendo negli Italiani soggetti a straniera dominazione la nazionalità nostra, consente che il semplice decreto reale possa accordare ad essi i diritti elettorali. Ma da quell'articolo non si ricava verun argomento dal quale si possa desumere che la naturalità per decreto sia concedibile ai soli italiani sottoposti a dominazione straniera. E questo tanto maggiormente ci sembra chiaro in quanto il codice civile e le discussioni che lo precedettero sono posteriori alla menzionata legge del 1860 e molto più alla legge del 1859; onde non si può dire che abbiano interpretato l'art. 10 del codice civile.

Dobbiamo però qui avvertire che nel codice il secondo comma del detto art. 13 del Progetto senatorio (e 10 del codice), che si aggiunge come capoverso all'art. 11 del progetto Pisanelli, più non si trova. Dai citati verbali della Commissione coordinatrice e neanco della Relazione del ministro Vacca, quando presentò il codice alla sanzione reale, appare il motivo di questa soppressione. Il secondo comma era così formulato: « Se la naturalità è concessa per decreto reale, la cittadinanza at-« tribuisce soltanto quei diritti politici che non sono da *speciale disposizione riser-« vati a chi abbia ottenuto la naturalità per legge* ». Il prof. Bianchi ha scritto sul proposito: « Si eliminò, come non necessaria, la speciale ed espressa dichia-« razione degli effetti più limitati della naturalità conferita per decreto reale; ba-« stando intorno a ciò la massima di ragione che anche la semplice naturalizza-« zione conferisce tutti i diritti che si attengono alla qualità di cittadino, fatta « eccezione solamente di quelli dei quali, in virtù di speciali disposizioni, sia richie-« sta la naturalità accordata per legge, come avviene appunto pei diritti di elet-« torato politico ». Vol I, p. 422. Troviamo giusta l'osservazione e ci persuade.

Crediamo però che l'egregio professore non sia venuto in questo avviso pei documenti, ma col suo savio e logico giudizio, perchè, come abbiamo toccato, non si rinviene nei verbali e nelle relazioni il motivo della soppressione del menzionato comma.

tutti i rimanenti diritti politici diversi dall'elettorato puramente politico, e fra gli altri il diritto di esser giurato, a norma della legge dell'8 giugno 1874 (1). Si ottiene inoltre di essere ammesso agli impieghi civili e militari ed anche il diritto di non poter essere espulso dal territorio dello Stato per provvedimento amministrativo o di pubblica sicurezza: si acquista cioè il diritto d'incolato (2). Inoltre lo straniero il quale abbia semplicemente ottenuto la cittadinanza per decreto, quanto al suo stato ed alla sua capacità nelle materie strettamente di diritto civile dovrà essere governato dalla legge italiana (3).

Nella relazione senatoria del progetto del codice civile si disse che, giusta il linguaggio di altri paesi costituzionali, la naturalità ottenuta per legge si può chiamare *grande,* e quella per decreto *piccola* (4).

La grande naturalità, producendo il diritto di eleggere i rappresentanti della nazione ed importando il diritto di poterla rappresentare, cioè portando perciò un'azione diretta, o almeno indiretta alla formazione delle leggi ed all'indirizzo dello Stato, fa uopo per averla del consenso dell'intiera società civile, per mezzo dei suoi rappresentanti, vale a dire d'un atto del potere legislativo: essa non si può concedere che per *legge.*

Non così la piccola naturalità. Ecco perchè gli altri diritti politici che per questa si acquistano, compreso l'ufficio di giurato, non importano alcuna positiva ingerenza nell'assetto dello Stato, e si è perciò che basta un decreto del capo del potere esecutivo (5).

---

(1) Secondo il n. 1 dell'art. 2 di questa legge per l'inscrizione nella lista dei giurati si richiede semplicemente la qualità di cittadino ed il godimento dei diritti civili e politici; essa non si riporta alla legge sull'elettorato politico.

(2) Vedi l'art. 73 della legge sulla pubblica sicurezza del 20 marzo 1865; esso dice così: « Scontata la pena, se si tratta di NON REGNICOLO, l'autorità politica potrà farlo tradurre ai confini per essere espulso dallo Stato . . . .

. . . .

« Lo stesso si praticherà *per i non regnicoli stati condannati per reati contro la proprietà* ».

(3) Che gli stranieri possano ottenere la naturalità per *legge* o per *decreto*, e che dall'una si abbia il pieno acquisto dei diritti politici e dall'altro no è insegnato dal Borsari, dal Mazzoni, dal Bianchi. E così pure hanno scritto il Cassuto e l'Olivi, il primo nel vol. XIII, p. 152, ed il secondo nel XVI, p. 73, dell'*Archivio giuridico.*

(4) Inghilterra, Francia e Belgio. — Vedi BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises,* liv. 5, cap. X. — Legge del 3 dicembre 1849 per la Francia: e la Costituzione del Belgio, art. 5.

(5) Bellissime sono le osservazioni del Filangieri intorno all'acquisto della nazionalità. « Nelle monarchie e nelle aristocrazie la semplice cittadinanza non è che un benefizio, ma nelle democrazie è una parte della sovranità. Nelle due prime un uomo che s'investe di questo carattere, non fa che partecipare a' vantaggi che vi sono uniti; ma nell'ultima è un intruso che si mescola nell'assemblea del popolo per alzare una mano, per dare una voce dalla quale può dipendere la rovina della repubblica. Ne' governi popolari, dunque, la legge debbe essere più vigilante

La naturalità conceduta per *legge* fa acquistare la cittadinanza di diritto, senza esservi bisogno di adempire ad alcuna condizione e ad alcuna formalità e quindi non è necessario che lo straniero abbia fissato o fissi il suo *domicilio nel regno* (arg. a cont. art. 16).

Perchè poi il decreto reale produca l'effetto di conferire la cittadinanza, devono essere adempite le seguenti tre condizioni:

1.° Che il decreto reale *sia registrato* dall'uffiziale dello stato civile del luogo dove lo straniero ha fissato od intende fissare il suo domicilio. La registrazione deve essere fatta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data del decreto (art. 10, 3.° comma).

2.° Che lo straniero abbia fissato e fissi il suo *domicilio nel regno* (art. 10, 2.° comma).

3.° Che presti *giuramento* davanti all'uffiziale dello stato civile di essere fedele al re e di osservare lo statuto e le leggi del regno.

La moglie ed i figli minori dello straniero, che ha ottenuta la cittadinanza, divengono cittadini (art. 10 ult. comma) e ciò pel principio dell'unità della costituzione della famiglia. Ben disse il ministro Pisanelli nella sua relazione al Senato: « Da un canto può sembrare esorbitante concedere al padre la facoltà di alienare la cittadinanza dei figli minori, cittadinanza che l'origine, storiche tradizioni, generosi sensi e carità di patria possono rendere ad essi oltremodo preziosa; può sembrare altresì eccessivo nel marito la facoltà di immutare, col solo suo fatto, la cittadinanza della moglie. Ma dall'altro canto l'unità della costituzione della famiglia non consente che fra il marito e la moglie, fra il padre ed i figli minori esista differenza di cittadinanza. Tale dualismo produrrebbe una grave e funesta alterazione nei rapporti giuridici della famiglia, rallenterebbe quei vincoli che la natura creò e la legge civile sancisce, e l'autorità del marito (come capo della famiglia) troverebbesi in balìa di due legislazioni diverse. Trattandosi in fatti di determinare i diritti e i doveri dei coniugi, i diritti e gli obblighi reciproci del padre e del figlio, se essi sono cittadini di diverso Stato, qual legge dovrà applicarsi? Queste ambagi, la scissione della famiglia in due parti, la separazione della moglie dal marito, dei figli minori dal loro padre, pos-

---

ad evitare questo disordine, avara nell'accordare la cittadinanza, più austera nel punire colui che se n'è più fraudolentemente investito ». — FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, lib. I, p. 206. — In Atene la cittadinanza non si poteva dare che dal popolo intero, e questa doveva essere ratificata da una seconda assemblea, nella quale dovevano intervenire almeno seimila cittadini. Non bastava essere nato nella repubblica per essere cittadino. Bisognava che uno dei genitori almeno fosse cittadino, e che tutti e due fossero liberi.

sono rendere complicati i rapporti coniugali, impossibile l'educazione dei figli, il loro morale e politico indirizzo, importante e nobilissimo còmpito di chi è capo della società domestica.

« Fu pertanto ritenuto che la moglie ed il figlio minore seguissero la nuova condizione del rispettivo marito e padre, salvo il diritto al figlio di optare per la qualità originaria di straniero entro l'anno della maggiore età, come è permesso alla moglie di riprendere in caso di vedovanza la sua condizione di origine ».

§ VI.

Della perdita della cittadinanza. — Principii generali.

Come abbiamo notato innanzi, la cittadinanza si può perdere per *elezione,* per *rinunzia,* per *matrimonio* (1).

Una patria libera vuole liberi figli e non servi della gleba. Il codice cancellando le tracce di barbare leggi preesistite in alcune provincie d'Italia che, ben fu detto, facevano dello stato una grande prigione (2), lascia libera facoltà di abdicare la cittadinanza e di abbandonare la patria a coloro che tanto volessero compiere.

Non vi è quindi bisogno del consenso del Governo per rendere efficace la rinunzia: e questo è un omaggio reso alla libertà dell'individuo (3).

---

(1) § 1, p. 93. — Non si perde per l'ipotesi del n. 3, art. 20 LL. CC. Napolitana.

(2) Relazione della Commissione senatoria (estensore Vigliani).

(3) Questo vero, che è una conseguenza diretta dalla natura umana, in quanto è dotata di libero arbitrio, come moltissimi altri veri, non ha ricevuto la sua apparizione piena nella sfera esteriore del diritto che negli ultimi tempi. Presso i Romani, essendo i diritti la conseguenza del *ius civitatis* del *ius quiritium,* senza tener conto delle modificazioni e dei particolari, rammentiamo che colui il quale si slegava da questo nesso, che lo congiungeva alla città, perdeva la qualità di persona, cioè tutta la dignità dell'uomo. Nel diritto intermedio primitivo il diritto feudale riteneva per forza un cittadino sul territorio nel quale era nato: imperocchè gli uomini non feudatarii reputavansi un accessorio della terra, *adiecti, glebae.*

Diradandosi in parte in Italia il sistema feudale, succeduti ai Comuni i regni, la barbara legge restò per modo che esigevasi il consenso del Governo al quale si apparteneva per render valida la rinunzia alla nazionalità che si abbandonava.

E il Codice del Piemonte in mezzo alla luce del secolo XIX, dopo la rivoluzione dell'89, reputò il vincolo della sudditanza perpetuo. Il cittadino colà non era capace di sciogliersi dalla sua patria di origine, e si era giunto a stabilire che se avvenivano dei fatti che con la qualità di cittadino non si potevano conciliare, era così colpito dalla perdita dei diritti civili, ma la qualità di suddito non si cancellava mai senza un atto del sovrano. — Vedansi gli articoli 36 e 37 del codice Albertino.

Lasciandosi però ad ogni cittadino la facoltà di rinunciare alla cittadinanza, non si può egualmente proscioglierlo dall'obbligo del servizio militare, nè dal sacro dovere di non portare mai le armi contro la terra che gli fu patria. Si disse benissimo dal ministro Pisanelli nella sua relazione al Senato: « Più non sarebbe possibile la formazione di un esercito nazionale là dove ai chiamati al servizio fosse aperta la via a sottrarvisi rinunciando la cittadinanza ». Questo però ha impero quando la rinunzia si compie da chi era definitivamente cittadino, cioè nei tre casi enunciati dall'art. 11 e non già nella perdita per elezione, della quale diremo nel seguente paragrafo.

§ VII.

Della perdita della cittadinanza per elezione.

Possono perdere la cittadinanza italiana per elezione, o, a meglio dire, possono acquistare cittadinanza diversa dall'italiana per elezione:

1.° I figli residenti nel regno, nati da padre, o essendo sconosciuto il padre, da madre che ha perduta la cittadinanza, prima della loro nascita, i quali si reputano cittadini. Or bene, questi figli, reputati cittadini, entro l'anno della loro maggiore età, determinata secondo le leggi pel regno, possono *eleggere la qualità di stranieri facendone la dichiarazione davanti l'ufficiale dello stato civile della loro residenza, o se si trovano in paese estero, davanti ai regii agenti diplomatici o consolari* (art. 5, 2.° comma e art. 7).

2.° I figli nati da uno straniero, che aveva fissato da dieci anni il suo domicilio nel regno, i quali reputansi cittadini ma possono, a norma del 2.° comma dell'art. 8, *eleggere la qualità* di straniero.

3.° I figli di chi ebbe la naturalità, i quali nella minore età divennero italiani col genitore, possono, divenuti maggiori, scegliere la cittadinanza straniera (art. 10, capoverso ult.) (1).

Per l'elezione della straniera cittadinanza si applicano le stesse regole che per l'elezione della qualità di cittadino. La cittadinanza inoltre, così eletta, si comunica alla moglie ed ai figli (argom. dell'art. 11, penult. comma), perchè imperano le stesse ragioni per le quali si prescrisse che la straniera, che sposa un italiano acquisti la cittadinanza italiana. Ripetiamolo: può sembrare esorbitante concedere al marito ed al padre la facoltà di alienare la cittadinanza della moglie e dei figli, cit-

---

(1) La dichiarazione deve pur farsi davanti l'ufficiale dello stato civile della sua residenza, o se si trova in paese estero davanti agli agenti diplomatici o consolari.

tadinanza che l'origine, storiche tradizioni, generosi sensi e carità di patria possono rendere ad essi carissima; ma l'unità della costituzione della famiglia non consente che fra il marito e la moglie, fra il padre ed i figli minori esista differenza di cittadinanza.

Si è perciò qui ritenuto che la moglie ed il figlio seguissero la condizione del rispettivo marito e padre. Oltre a ciò, essendosi così sancito per la moglie e pei figli dello straniero, che acquistasse la cittadinanza italiana, il principio della reciprocità richiede un'esatta applicazione.

§ VIII.

Della perdita della cittadinanza per rinunzia.

Il cittadino maggiore di età può rinunziare la cittadinanza italiana. La rinunzia può essere *espressa* o *tacita*, secondo che si faccia, o con formale dichiarazione, ovvero risulti dai fatti.

La dichiarazione all'uffiziale dello stato civile del proprio domicilio di volere abbandonare la propria nazionalità col trasferimento della residenza in paese estero, importa la rinunzia espressa. Anzi si è ben riconosciuto che quando colui il quale intende rinunziare trovasi di avere già trasferito in paese estero il suo domicilio, vuolsi per analogia applicare la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 5, di farsi la dichiarazione davanti i regii agenti diplomatici o consolari.

Il legislatore ha richiesto, oltre alla dichiarazione, anche il trasferimento della residenza in paese estero, affinchè non si riesca a sottrarsi agli obblighi imposti ai cittadini col seguitare a godere i beneficii della cittadinanza. Il legislatore vuole impedire che alcuno rimanga straniero nel proprio paese, offendendo così i più alti principii del senso morale e civile.

La rinunzia tacita può aversi in due modi: 1.° con l'ottenere la cittadinanza di un paese straniero; 2.° coll'accettare, *senza permesso del Governo nazionale*, un impiego da un Governo estero, o con l'entrare al servizio militare di potenza straniera (art. 11, n. 1, 2 e 3).

Quando si è ottenuta la cittadinanza da un Governo straniero, per non essere reputato cittadino italiano non è necessario che si abbandoni materiamente il suolo italiano (1).

---

(1) Nel progetto Cassinis e nei progetti del Miglietti, del Pisanelli e nel progetto senatorio si richiedeva l'abbandono del suolo italiano per rendere efficace l'acquisto della cittadinanza straniera. Il Mancini osservò nella Commissione coordinatrice che non era logico ritenere la condizione di dover cessare di dimorare nel regno. De Foresta poi diceva che si era posta quella condizione per evitare le frodi. La Commissione però, meno un solo voto contrario, ammise la proposta Mancini, in conformità del secondo progetto Cassinis, che, così diceva, annullando le considerazioni della Corte di Genova.

L'impiego per far perdere la cittadinanza deve essere conferito dal Governo estero. Se l'impiego sia conferito da una Provincia, da un Comune o da un Istituto civile od ecclesiastico di paese estero, la sua accettazione non significherebbe rinunzia alla nostra cittadinanza (1). I soli impiegati governativi sono gli organi dello Stato e partecipano perciò alla vita del medesimo e contraggono degli obbligli verso lo stesso che alcune volte possono esser contrarii alla nazione cui s'apparteneva.

Gli scrittori fanno qui benigna eccezione in favore di coloro che ottenessero un ufficio puramente scientifico come colui che fosse nominato professore d'una università estera. Si è detto che gl'impieghi scientifici non sono una conseguenza della capacità politica, ma della capacità scientifica e competer debbono non ai membri di questa o quella nazione, ma ai cittadini della nobilissima repubblica delle scienze e delle lettere, senza distinguersi a qual terra appartengono (2), e che oltre a ciò gli uffizii scientifici non producono collisione fra i doveri verso la patria ed i doveri nascenti da essi, benchè esercitati in paese straniero.

Il servizio militare di potenza estera, per far perdere la cittadinanza a colui che lo presta, deve essere regolare in un corpo disciplinato e assoldato dal Governo estero: e non già il riunirsi per breve tempo in un corpo di volontarii, che si associno per far trionfare, con le armi, un principio che, molte volte, può interessare non la sola nazione belligerante, ma le altre nazioni civili e fra queste la propria.

La perdita della cittadinanza per rinunzia espressa o tacita produce effetto anche riguardo alla moglie e ai figli minori del rinunciante, per le medesime ragioni che imperano quando il marito ed il padre acquistino la cittadinanza italiana per elezione o per naturalizzazione. Si ravvisò tuttavia opportuno di stabilire un'eccezione, pel caso in cui la moglie ed i figli continuassero a mantenere la loro residenza nel regno; qui il fatto dimostra praticamente impossibile l'intimità dei rapporti di famiglia che si volevano salvare con l'applicazione del cennato principio. Ben si disse: La legge accetta il fatto di una *costi-*

---

(1) Veggasi MERLIN, *Répertoire;* COIN-DELISLE, art. 17, n. 14; DALLOZ, X, *Répertoire*, voce *droit civil;* n. 536; DEMOLOMBE, 1, 180; ASTENGO DE FORESTA, 1, 297. A questo fine fu ristretta la forza della locuzione dell'articolo del progetto ministeriale, corrispondente all'art. 11 del codice. Il progetto ministeriale diceva « abbia accettato impiego *pubblico in paese straniero* » e nel codice dice il terzo numero dell'art. 11, « abbia accettato impiego DA UN GOVERNO ESTERO ».

(2) L'Erio Sala nel suo scritto pubblicato nell'*Archivio giuridico*, vol. XV, « *Osservazioni sugli articoli 5, 6, 8, 11, 12, 13, e 14, del cod. civ. italiano*, pagina 268, non ammette distinzione a proposito dei professori di Università. Egli dice: « Le parole della legge sono troppo esplicite perchè sia lecito fare « una distinzione, che non ha fondamento nelle medesime ».

tuzione anormale della famiglia, nella quale i coniugi vogliono appartenere a nazionalità diverse (1).

In conseguenza di ciò si dispone nell'ultimo capoverso dell'art. 10: « La moglie ed i figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, *semprechè abbiano anche essi fissato la residenza nel regno* ».

Ma come abbiamo cennato nel § VI, la perdita della cittadinanza per rinunzia (a differenza della perdita per elezione), non esime dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porta le armi contro la patria (art. 12). Questa disposizione è animata dal rispetto a que' doveri che ci legano al nostro paese (2).

§ IX.

Della perdita della cittadinanza delle donne pel matrimonio con uno straniero.

Per le ragioni stesse in virtù delle quali la straniera, che sposa l'italiano, acquista la cittadinanza italiana, così l'italiana che sposa lo straniero, acquistando la cittadinanza del marito, perde la cittadinanza italiana. L'art. 14 del codice civile dice: « La donna cittadina che si marita a uno straniero diviene straniera, *semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito.*

§ X.

Del riacquisto della cittadinanza.

Madre benigna la patria accoglie indulgente i figli che al suo seno fanno ritorno (3). Il cittadino che ha perduta la sua cittadinanza per rinunzia, per averne ottenuta altra in paese estero, o per essere entrato al servizio militare di potenza estera, o che abbia accettato un impiego da un Governo estero, può riacquistare la cittadinanza adempiendo alle tre condizioni prescritte dall'art. 13. Esse sono:

1.° Rientrare nel regno con permissione speciale del Governo.

2.° Rinunziare alla cittadinanza straniera, all'impiego od al servizio militare accettati in paese estero.

---

(1) Filomusi, *Giurisprudenza italiana*, vol. XXVIII, parte IV, p. 28, P. 3, nota 4, pagina 25.

(2) Sono notevoli le innanzi menzionate osservazioni critiche del signor Erio Sala, e benchè varie di esse non accettiamo, pure crediamo che debbansi consultare da chi voglia approfondire questa materia della cittadinanza.

(3) Relazione Vigliani al Senato.

3.° Dichiarare avanti l'uffiziale dello stato civile di fissare, e fissare realmente, entro l'anno il suo domicilio nel regno (1).

La cittadina divenuta straniera pel matrimonio, e la moglie di colui che rinunziò alla cittadinanza italiana, possono ricuperare la cittadinanza dopo sciolto o annullato il matrimonio se risiedono nel regno o vi rientrano, e dichiarino in ambidue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il domicilio. E qui si noti come non vi ha bisogno che nel rientrare si fornisca della speciale permissione del Governo (arg. a contr. dall'art. 15, n.° 1, art. 14).

Il riacquisto della cittadinanza, come l'acquisto, non produce i suoi effetti che dal giorno successivo a quello nel quale furono adempiute le condizioni e formalità stabilite (art. 15).

Poniamo termine a queste nozioni ricordando la disposizione dell'art. 1.° della legge transitoria del 25 giugno 1865, che invitiamo il lettore a riscontrare.

Professore STEFANO JANNUZZI.

(1) L'art 13 non parla di quello che perdette la cittadinanza per elezione. Nasce però il dubbio di sapere se costui per diventar cittadino abbia bisogno della naturalizzazione, ovvero potrà giovarsi dell'art. 13. Crediamo che non possa giovarsi pel testo e per la ragione della legge. Pel testo, perchè non è compreso nell'art. 13, il quale detta disposizioni *tassative* e non *indicative;* per la ragione della legge, perchè colui che scelse la cittadinanza straniera nei casi dell'art. 4. secondo comma, e art. 8, anche secondo comma, non è stato mai cittadino, ma solo aveva la facoltà di esserlo, e quindi non può godere beneficii, che sono proprii di coloro i quali una volta ebbero effettivamente la cittadinanza italiana.